

Les relations patrimoniales des époux, pendant l'instance en divorce en séparation de biens ou de corps

THESE POUR LE DOCTORAT EN DROIT

présentée et soutenue le Mercredi 8 juin 1932, à 14 heures

PAR

René PAUCOT

Lauréat du Concours Général des Facultés de Droit (1929)

JURY DE LA THÈSE :

Président : M. CASSIN.

Suffragants : MM. HUGUENEY
SOLUS.

PARIS

LES PRESSES UNIVERSITAIRES DE FRANCE

49, BOULEVARD SAINT-MICHEL, 49

1932

LES RELATIONS PATRIMONIALES DES EPOUX
PENDANT L'INSTANCE EN DIVORCE
EN SEPARATION DE BIENS OU DE CORPS

Les relations patrimoniales
des époux, pendant l'instance
en divorce
en séparation de biens ou de corps

THÈSE POUR LE DOCTORAT EN DROIT

présentée et soutenue le Mercredi 8 juin 1932, à 14 heures

PAR

René PAUCOT

Lauréat du Concours Général des Facultés de Droit (1929)

JURY DE LA THÈSE :

Président : M. CASSIN.

Suffragants : MM. HUGUENEY
SOLUS.

PARIS

LES PRESSES UNIVERSITAIRES DE FRANCE

49, BOULEVARD SAINT-MICHEL, 49

1932

*La Faculté n'entend donner aucune approbation ni im-
probation aux opinions émises dans les thèses ; ces opinions
doivent être considérées comme propres à leurs auteurs.*



A MA MÈRE, A MON PÈRE,

A MES MAÎTRES



Digitized by the Internet Archive
in 2026

INTRODUCTION

Une thèse récente (1) 'consacrée à l'étude du divorce d'un point de vue social, nous indique que le nombre des divorces, qui était en 1885 de 4.000 par an, est passé à 15.140 en 1913 pour atteindre en 1921 : 32.557, chiffre record puisque depuis on a enregistré une légère régression.

La simple lecture de cette statistique nous révèle l'importance actuelle de tous les problèmes qui touchent à cette institution. Son développement anormal, — puisqu'elle devait être en principe exceptionnelle, tout en nous expliquant l'abondance des décisions de jurisprudence, justifie en même temps l'existence d'études nombreuses, consacrées à la question, tant du point de vue social que du point de vue juridique.

Nous avons néanmoins pensé qu'il était possible d'aborder avec quelque intérêt une étude des relations patrimoniales des époux pendant l'instance en divorce ou en séparation de corps (2) et, comme élément de comparaison, pendant l'instance en sé-

(1) MOLLIER. — Question du divorce, Thèse, Dijon, 1930.

(2) Les problèmes à résoudre sont identiques dans les deux cas.

paration de biens : c'est là un sujet qui, au premier abord, peut paraître sans unité parce qu'il ne se limite pas à l'étude d'une théorie juridique unique et bien définie, mais la question présente une unité de fait certaine, et c'est dans la mise en œuvre des principes juridiques variés auxquels il faudra recourir pour justifier ou critiquer les solutions admises que réside, à notre avis, la difficulté du sujet, et par conséquent son intérêt.

En effet, cette période de l'instance en divorce est avant tout une période délicate de transition pendant laquelle le mariage subsiste, mais où les dissentiments, qui ont à ce moment toute leur acuité, rendent nécessaire la suppression de la conséquence principale du mariage : la cohabitation. Toutes les difficultés paraissent se ramener à cette idée unique : il faut concilier le maintien du lien matrimonial et de toutes les obligations qui en découlent avec la suppression de la vie commune.

Tout le problème consiste à rechercher comment on pourra assurer la protection des intérêts moraux et matériels des époux et la gestion de leurs biens pendant cette période pénible, période de crise, de suspicion et d'inimitié où, poussés jusqu'à l'exaspération, les sentiments de haine conduisent malheureusement les époux à se nuire réciproquement, particulièrement dans leurs biens.

En présence d'un état de fait, d'autant plus regrettable qu'il succède parfois brusquement à l'union et à la confiance réciproque va-t-il être possible, par des mesures appropriées, d'assurer équitable-

ment l'existence de chacun des époux et de leurs enfants ainsi que l'administration de leurs biens ? Administration honnête, car il est fortement à redouter que les pouvoirs très étendus, reconnus au mari dans la majorité des régimes matrimoniaux, ne soient utilisés par lui pour se procurer frauduleusement, pour lui-même ou pour d'autres personnes, des avantages supérieurs à ceux auxquels il a légalement droit.

Les modalités de fraude sont, en effet, multiples et l'imagination ne fait pas défaut aux époux et encore moins aux officines louches qui conseillent les conjoints en désaccord : dissimulation d'actif, création de passif fictif, ventes à bas prix payées comptant, baux à long terme avec paiement anticipé de la majeure partie ou de la totalité des fermages ou loyers à échoir, coupes anticipées de bois taillis, abatages ou ventes d'arbres non conformes aux aménagements, exploitation abusive de carrières, reconnaissance au profit de la seconde femme épousée par lui après son divorce d'un apport par celle-ci, bien qu'il soit inexistant et constitue de sa part une donation ; consentement à faire à ses cohéritiers, lors du règlement d'une succession à lui échue, d'un rapport qui ne leur est pas dû, renonciation fictive à un legs ou à une succession avantageuse, etc...

Pourra-ton ménager habilement un avenir dont on ignore encore s'il comportera la rupture définitive ou la reprise de la vie commune ? D'autre part dans l'éventualité toujours possible d'une reconci-

liation, il importe de ne pas décourager les époux en les mettant en présence d'un patrimoine amoindri par les dilapidations effectuées dans un moment d'égarement, et dont ils viendraient à déplorer les conséquences fâcheuses : tel est l'intérêt pratique de la question.

Cet intérêt pratique se manifeste par le grand nombre de décisions figurant dans les recueils de jurisprudence, en particulier pour ces dix dernières années : mais l'examen de ces décisions va nous amener à juger de la valeur des textes mis en œuvre par le juge ; c'est là l'intérêt théorique de la question. La période de crise que nous avons envisagée va nous permettre, mieux qu'une autre, de juger la valeur des principes et de faire des observations que la médecine appellerait « cliniques ». Tant que règnent l'union, l'entente, la confiance réciproque, on laisse de côté les principes juridiques ; c'est au moment où éclate le désaccord qu'il va être nécessaire d'y faire appel (3), et on pourra alors juger de leur valeur.

En effet, les solutions adoptées pour régler les rapports pécuniaires des époux durant l'instance, sont étroitement commandées par les principes fondamentaux qui organisent les rapports des époux en

(3) Les rapports des époux s'organisent suivant les mœurs et non selon les prévisions de la loi. La loi, les époux l'ignorent, et tant qu'ils sont d'accord, ses dispositions leur sont indifférentes ; la loi est une entité abstraite et les rapports des époux dépendent du caractère de chacun.

(P. LEREBOURG-PIGEONNIÈRE, — Livre du Centenaire du Code Civil.)

général, principes souvent vieillis et fortement attaqués aujourd'hui, caractérisés par un souci exagéré de protection en faveur de la propriété immobilière, par la reconnaissance au profit du mari, soi-disant administrateur des biens communs, de tous les pouvoirs d'un propriétaire, pouvoirs encore renforcés par l'incapacité de la femme mariée « éternelle mineure ».

Cependant il ne faut pas oublier que ces principes ont fait figure de « vérité révélée » pendant tout le XIX^e siècle. Le Code Civil était alors, selon l'expression de M. G. Morin, « le livre sacré révélant « pour les hommes de toutes les époques le juste « définitif ». Ce code interprété à la lumière d'une méthode purement déductive, attachée à la lettre du texte, n'allait pas tarder cependant à se trouver en retard sur la réalité, par suite d'une évolution sociale et surtout économique, due en grande partie à un développement imprévisible des Sciences Expérimentales.

Malgré les efforts d'une doctrine moderne, qui signale chaque jour les imperfections de nos vieux Codes, tout imprégnés, surtout sur les points qui nous occupent, des conceptions toutes particulières du Premier Consul, malgré l'œuvre immense d'une Jurisprudence qui, pour adapter les textes anciens aux situations présentes, n'a pas hésité à verser dans les formules légales un contenu nouveau, il arrive un moment où, comme le dit M. P. BONNET, dans un ouvrage qui porte ce titre, « Le Droit est en retard sur les faits ». Cet auteur, après avoir esquissé l'évo-

lution qui, depuis 1820, a complètement transformé notre vie économique et sociale, met en regard les conceptions déjà plus que centenaires de nos Codes, et termine son ouvrage par un vœu de réforme car « il y va, dit-il, du prestige de la terre classique du Droit, de la gloire d'un peuple qui, après avoir, par ses Codes, suscité l'enthousiaste imitation de l'Europe, ne saurait, sans déchoir, se laisser vivre sur un fond, désormais insuffisant. »

Il arrive un moment où les tribunaux, pour faire œuvre utile, ne peuvent plus se contenter de tourner ou d'interpréter largement les textes, mais doivent les laisser délibérément de côté ; l'effort d'adaptation se heurte alors à un principe formel que la Cour de Cassation viendra rappeler s'il a été transgressé. « Si, à ce moment, dit M. G. MORIN, le législateur néglige d'intervenir, il se produit un moment critique, où l'incohérence est complète entre les formules juridiques et la réalité, où la vie, pour ainsi dire, se rebelle contre les formules qui prétendent l'enfermer. »

Dans les matières qui, comme celles qui nous intéressent, touchent au droit de la famille, la difficulté est très grande parce que les rapports des époux s'organisent suivant les mœurs de l'époque, et les conséquences les plus fâcheuses résultent d'un trop grand désaccord entre cette organisation amiable et la loi appelée à intervenir en cas de conflit.

C'est à l'étude des efforts de cette jurisprudence, de son évolution et de ses résultats qu'il faut maintenant consacrer nos développements.

Nous nous attacherons, dans une première partie, à l'étude des principes généraux et des textes qui ont servi de base aux décisions de la jurisprudence en notre matière.

Il nous sera plus facile ainsi, dans une deuxième partie, de retracer les étapes de cette jurisprudence et de montrer l'effort considérable accompli pour donner des solutions adaptées aux réalités sociales et économiques.

Nous examinerons dans quelle mesure elle a réussi, et nous nous demanderons si son œuvre est terminée ou s'il est préférable d'envisager une intervention législative.

A l'heure où de nombreux juristes luttent pour obtenir la réforme des vieux principes, qui nous régissent depuis plus d'un siècle, où les féministes réclament la réforme des régimes matrimoniaux et de la condition inférieure faite à la femme, il n'est peut-être pas inutile de s'attacher à l'étude des solutions de l'heure présente pour donner une base plus solide aux suggestions de l'avenir.

PREMIÈRE PARTIE

PRINCIPES ET TEXTES

Les principes qui règlent les rapports pécuniaires des époux pendant le mariage vont-ils continuer à s'appliquer intégralement pendant l'instance, ou subiront-ils des restrictions, et dans quelle mesure ?

L'étude des textes nous indiquera que ces principes doivent nécessairement recevoir des restrictions ; seule, l'étude de la Jurisprudence nous en montrera les limites.

Nous consacrerons donc un premier chapitre à rappeler les fondements de notre droit matrimonial, avant d'étudier dans un chapitre second les dérogations que la loi prévoit à ces principes pendant la durée de l'instance en divorce ou en séparation de corps.

Nous réserverons pour le Chapitre III l'étude de l'instance en séparations de biens.

CHAPITRE PREMIER

LES PRINCIPES GÉNÉRAUX DU DROIT MATRIMONIAL FRANÇAIS

Le lien matrimonial étant nécessairement maintenu pendant l'instance, mais restreint dans ses conséquences, il est évident que les relations pécuniaires entre époux pendant cette période, vont être étroitement commandées par la façon dont sont réglées les relations entre époux pendant le mariage, c'est à dire par le régime matrimonial.

Le régime matrimonial constitue en effet la loi qui résout toutes les questions d'ordre patrimonial auxquelles le mariage donne naissance.

Nous croyons pouvoir faire ici une remarque préliminaire : si notre étude nous amène à cette conclusion qu'en l'état des textes et des principes fondamentaux du droit positif, la jurisprudence est arrivée au terme extrême de son effort et qu'elle doit s'effacer devant le législateur, la réforme qui sera réclamée ne pourra s'opérer par l'insertion de quelques textes de circonstance au chapitre du divorce ; c'est à la base qu'il faudra s'attaquer et c'est la ré-

forme complète de notre droit matrimonial qu'il faudra envisager.

Cette remarque préliminaire nous fait comprendre pour quelles raisons il est indispensable de rappeler au début de cette étude les principes fondamentaux et les grandes idées qui dominent notre droit matrimonial, afin de saisir, dans toute leur ampleur, la complexité des problèmes qui vont se poser, particulièrement dans la matière de l'administration des biens. Il s'agit simplement de rappeler les grandes idées générales dans la mesure où elles sont nécessaires à la compréhension du sujet et non d'entrer dans le détail des difficultés multiples soulevées par l'étude des régimes matrimoniaux.

Un des aspects les plus caractéristiques de ce droit réside dans la multiplicité des combinaisons possibles, conséquence immédiate du grand principe de la liberté des conventions matrimoniales auquel nous allons consacrer une première section.

SECTION I. — *Liberté et immutabilité des conventions matrimoniales*

Les rédacteurs du Code civil ont, pour des raisons d'opportunité commandées par des contingences historiques, laissé aux futurs conjoints la plus entière liberté pour régler les conséquences pécuniaires de leur union.

Ils ont établi évidemment un certain nombre de régimes types, servant en quelque sorte d'exem-

ples : c'est ainsi qu'ils ont créé un type communautaire dans lequel rentrent la communauté légale ou des meubles et acquêts, et la communauté réduite aux acquêts ; un type séparatiste, avec la séparation de biens et enfin le régime dotal dont le caractère tout particulier réside dans la dot, masse de biens inaliénables, remis au mari, qui en acquiert l'administration et la jouissance.

Il existe également un régime sans communauté analogue aux régimes suisse et allemand ; il est très peu usité en France et c'est d'ailleurs un régime qu'il est possible par certains points de rattacher au régime communautaire.

La faculté que possèdent les futurs conjoints de combiner entre elles des clauses empruntées à chacun des types de régimes prévus, même lorsqu'elles appartiennent à des régimes dont les idées fondamentales diffèrent et même parfois s'opposent, constitue la caractéristique la plus remarquable du système français : c'est en application directe de cette idée que l'article 1581 (C. civ.) prévoit l'adjonction d'une société d'acquêts au régime dotal et que la jurisprudence admet la combinaison de la société d'acquêts et du régime de séparations de biens.

Le législateur a prévu le cas où les futurs époux ne rédigerait aucune convention concernant leur statut matrimonial et leur a imposé un régime de droit commun : la communauté des meubles et acquêts.

Les statistiques montrent que les régimes de communauté dominant puisque, d'une part la ma-

majorité des gens ne font pas de contrat et que, d'autre part, parmi ceux qui rédigent un contrat, une grosse proportion adopte la communauté réduite aux acquêts.

En présence de cette extrême diversité ne va-t-il pas devenir impossible d'étudier les relations pécuniaires des époux pendant l'instance en divorce et en séparation de corps ? Les solutions ne vont-elles pas se trouver totalement différentes, suivant le régime adopté, dont la plus ou moins grande complication va dépendre de la volonté des cocontractants ?

Il faut remarquer en premier lieu qu'en présence de la majorité écrasante des régimes communautaires il aurait été possible de se borner à l'étude du problème dans ce cadre plus limité, d'autant plus qu'on peut noter que la plupart des difficultés naissent sous le régime de communauté du fait des pouvoirs étendus reconnus au mari dans ce régime. Mais, à notre avis, la question peut être examinée d'un point de vue absolument général, car notre droit matrimonial, s'il possède à sa base le principe de la liberté des conventions, comporte néanmoins un certain nombre de règles et d'idées fondamentales plus ou moins marquées suivant les régimes, mais que l'on retrouve toujours, soit qu'elles constituent des règles d'ordre public auxquelles les conventions des parties ne peuvent librement déroger, ou des conceptions d'ensemble, consacrées par les rédacteurs du Code, comme représentatives d'un ordre social et économique existant.

Avant de passer en revue ces idées fondamentales, il nous faut signaler un principe qui constitue, en quelque sorte, un frein aux principes de la liberté des conventions matrimoniales, celui de l'immutabilité.

Les conventions matrimoniales, librement choisies dans les limites prévues par les articles 1388 et suiv. du Code civil, le sont d'une manière définitive ; elles ne peuvent recevoir aucun changement après la célébration du mariage (art. 1395 C. civ.).

Ce principe fondamental de l'immutabilité des conventions matrimoniales, dont on connaît l'importance, devait être mentionné parce que la jurisprudence en a tiré certaines conséquences sur lesquelles nous reviendrons particulièrement en ce qui concerne les conventions amiables passées entre époux au début de l'instance.

Ce principe est actuellement l'objet de critiques très vives de la part de certains auteurs (1) et le législateur paraît vouloir leur donner satisfaction : une loi du 4 janvier 1930 a déjà supprimé une des conséquences les plus rigoureuses du principe édicté par l'art. 295 (C. civ.).

Cette première réforme est-elle l'annonce d'une suppression totale du principe, certains le pensent et s'en félicitent ; nous nous contenterons dans le cadre plus limité de notre sujet d'envisager dans

(1) Colin et Capitant, 4^e édit. T.III, p. 29 et suiv.

l'examen critique qui terminera cette étude, les avantages ou les inconvénients que présenterait cette suppression en matière de divorce et les possibilités qu'elle ménagerait aux époux.

SECTION II. — *Idées fondamentales du Droit matrimonial positif français*

Parmi ces idées, nous en retiendrons trois qui vont à notre avis, dominer notre sujet et former les pivots autour desquels va évoluer toute la jurisprudence.

Les rédacteurs du Code n'ont pas réalisé des innovations sensationnelles en toutes matières et, sur bien des points, ils se sont contentés de reproduire les solutions de l'ancien Droit dans la mesure où elles ne heurtaient pas les idées nouvelles apportées par la Révolution : l'état économique de la France n'ayant subi au début du XIX^e siècle que de très légères transformations, ils ne pouvaient prévoir que certaines des idées qu'ils reproduisaient dans le Code se trouveraient très rapidement en contradiction avec une situation sociale et économique nouvelle.

§ I. — En premier lieu, c'est là une idée très connue et presque banale, les rédacteurs du Code n'ont assuré une protection efficace qu'à la seule propriété immobilière ; les auteurs y voient en général l'influence de la maxime de l'ancien Droit : « Res

« mobilis, res vilis » ; mais une autre théorie a été soutenue à ce sujet que nous signalerons dans la seconde partie.

Il est certain, en tout cas, que toutes les fois qu'ils ont voulu accorder une garantie à un créancier intéressant, c'est une garantie de caractère immobilier sous la forme d'une hypothèque ou d'un privilège immobilier ; toutes les fois que la gestion d'un patrimoine est assurée par un autre que par son titulaire, c'est contre la disparition des biens immobiliers que des précautions sont prises.

La matière de la tutelle nous fournit un exemple remarquable et d'ailleurs souvent cité de cette tendance : l'autorisation du conseil de famille, homologuée par le Tribunal, est nécessaire au tuteur pour accomplir les actes considérés comme les plus graves, parmi lesquels se trouvent évidemment l'aliénation ou la constitution d'une hypothèque sur les biens immeubles du pupille ; les mêmes précautions sont prises pour l'introduction par le tuteur des actions relatives à des droits immobiliers. En revanche, c'est là la seconde face de la même idée, le pupille, créancier intéressant, se voit accorder une hypothèque légale (art. 2121 C. civ.) sur les biens immeubles de son tuteur.

Les conceptions du Code ont paru si insuffisantes et la nécessité de protéger certains biens meubles de grande valeur si impérieuse, qu'une intervention législative a abouti à la loi du 27 Février 1880, modifiée par une loi du 9 juillet 1931, rela-

tive à l'aliénation des valeurs mobilières appartenant aux mineurs et aux interdits.

Cette idée a trouvé une nouvelle consécration dans le droit matrimonial : si elle n'apparaît peut-être pas aussi nettement, c'est qu'elle se trouve en partie contrebalancée par l'attribution qui est faite au mari de pouvoirs considérables.

Le Code accorde à la femme mariée, quel que soit son régime, une hypothèque privilégiée sur les immeubles de son mari ; garantie considérable toutes les fois que le mari possédera des immeubles, mais qui va se trouver sans intérêt toutes les fois qu'il en sera dépourvu, ce qui ne veut pas dire cependant qu'il ne possède aucun bien de valeur.

Examinons maintenant l'autre face de l'idée : l'exercice des pouvoirs du mari, ou de la femme dans le cas où son régime lui en reconnaît, se trouve restreint par des formalités protectrices toutes les fois qu'il s'agit d'immeubles.

Dans le régime de communauté les pouvoirs du mari sont très étendus ; néanmoins l'article 1422 interdit au mari de disposer entre vifs à titre gratuit des immeubles de la communauté ; au contraire la donation mobilière, pour être interdite, doit être de la quotité ou de l'universalité du mobilier et seule, une jurisprudence digne d'éloges, mais reconnaissons-le, assez éloignée du texte, est venue mettre un frein aux générosités intempestives du mari portant sur le mobilier.

Si on envisage l'administration des propres de la femme, les pouvoirs du mari sont plus réduits :

c'est ainsi qu'il ne peut aliéner les immeubles sans le consentement de sa femme, ni tenter librement les actions pétitoires immobilières considérées comme les plus importantes.

Les articles 1429 et suivants réglementant d'une manière très précise les pouvoirs du mari pour la passation de baux constituent encore, à notre avis une mesure de limitation de ces pouvoirs dans une pensée de protection de la propriété immobilière, qu'il ne doit pas grever de charges pour un laps de temps excessif.

Le régime sans communauté est historiquement une variante de la communauté : chacun des époux conservant la propriété de ses biens et la charge de ses dettes, le mari a l'administration et la jouissance des biens de sa femme. Ses pouvoirs d'administration sont, aux termes de la jurisprudence, les mêmes que ceux du mari commun, administrateur des propres de sa femme.

Dans le régime de séparation de biens, qui paraît aux yeux de certains devoir être considéré comme le régime de l'avenir, les pouvoirs de la femme se trouvent encore très limités : l'art. 1449 lui interdit l'aliénation d'immeubles sans l'autorisation de son mari ou, à défaut, de justice ; l'article 1538 du Code civil déclare nulle toute autorisation générale d'aliéner les immeubles, consentie dans le contrat de mariage ou depuis. Mais en la matière la jurisprudence, au nom de l'article 217 (C. civ.). texte

de principe, n'a pas hésité à interdire l'aliénation des meubles toutes les fois que ces aliénations ne constituent pas un acte d'administration, permis à la femme ; c'est là une application d'une théorie jurisprudentielle de l'acte d'administration, mais de la lecture des articles du Code, seul se dégage le souci de protéger la propriété immobilière.

Sous le régime dotal, les pouvoirs du mari peuvent, à première vue, paraître plus étendus, puisque celui-ci peut tenter et qu'il a seul qualité pour le faire, les actions pétitoires immobilières ; en ce qui concerne les baux on applique les règles posées pour les biens propres de la femme commune ; mais le trait caractéristique du régime dotal réside dans une mesure particulièrement efficace en faveur de la propriété immobilière : l'inaliénabilité des immeubles dotaux qui fait de la dot immobilière un bien de famille dont les revenus sont consacrés à l'entretien du ménage et dont l'aliénation n'est permise que dans une série limitative d'exceptions prévues par le Code ou par les parties dans leur contrat de mariage.

Ne pouvons-nous penser qu'en l'état des textes du Code, il va être difficile au mari de faire disparaître des immeubles au détriment de sa femme, mais qu'il pourra à son gré disposer des meubles ? C'est précisément dans notre seconde partie que nous rechercherons comment la Jurisprudence a suppléé à la carence du Code sur ce point et que nous porterons sur son œuvre un jugement de valeur.

Mais nous devons auparavant, pour bien comprendre les exigences de principe auxquelles a dû se plier la jurisprudence, mettre en relief deux notions fondamentales de notre droit positif, notions historiquement indépendantes, mais qui se trouvent dans une étroite relation : nous visons l'extension des pouvoirs du mari, chef du ménage et l'incapacité de la femme mariée : ces deux idées sont l'objet de critiques très vives de la part des féministes et ne manqueraient pas de subir de rudes assauts si un projet de réforme était annoncé, concernant cette partie de notre droit.

2. — Les dispositions du Code qui consacrent et précisent les pouvoirs du mari, présentent cette première particularité de constituer, dans une certaine mesure, des règles d'ordre public, que les parties ne peuvent modifier par leurs conventions de mariage. C'est dans ce sens tout au moins que la jurisprudence interprète l'article 1388 du Code civil, qui fixe les limites du principe de la liberté des conventions matrimoniales posé dans l'article 1387. « Les époux ne peuvent déroger ni aux droits résultant de la puissance maritale sur la personne de la femme et des enfants ni à ceux *qui appartiennent au mari comme chef* ». Les solutions diffèrent suivant que les conventions portent sur les biens communs, dont le mari est chef, ou sur les biens propres, dont il n'est que l'administrateur au sens plus étroit du mot ; dans le premier cas le mari ne peut abandonner ses pouvoirs et les tribunaux poussent

même la rigueur jusqu'à annuler des conventions comme les sociétés entre époux qui, indirectement, risqueraient peut-être de porter atteinte aux droits du mari ; plus particulièrement nous aurons l'occasion de constater au cours de cette étude, l'obstacle que constitue ce caractère intangible des droits du mari à l'admission de certaines mesures, particulièrement protectrices au cours de l'instance.

Au contraire, il est parfaitement licite de déroger à la règle de l'article 1428 (C. civ.) et de décider que la femme conservera l'administration de ses biens propres : ceci peut se ramener à une combinaison des règles de la séparation de biens, où la femme administre ses propres, et de la communauté ; cet emprunt des règles d'un autre régime est, nous l'avons vu, parfaitement licite.

Néanmoins il faut bien remarquer qu'en pratique ces dérogations sont assez rares, soit qu'aux yeux des époux elles constituent une marque de défiance, soit que l'absence de biens au moment du mariage n'en fasse pas ressortir l'utilité immédiate.

En fait, le plus souvent, le mari jouit de pouvoirs considérables et ceci est conforme à l'esprit du Code civil qui admet, même sous les régimes reconnaissant à la femme une certaine indépendance, qu'un simple consentement tacite suffit à transmettre au mari des pouvoirs de gestion appartenant normalement à la femme (article 1578 Code civil).

Sous le régime de communauté, le mari prétendu administrateur des biens communs jouit en

réalité de tous les droits d'un propriétaire (2), puisqu'il peut même disposer des meubles à titre particulier et gratuit pourvu qu'il ne s'en réserve pas l'usufruit, mais en dehors de cette limitation l'article 1421 trouve toute son application : « Le mari administre seul les biens de la communauté. » Il peut les vendre, aliéner et hypothéquer sans le concours de sa femme. Rappelons cependant que la nécessité pour l'acquéreur ou le créancier d'obtenir la renonciation de la femme à son hypothèque légale, quand il s'agit d'immeubles, entraîne en fait la participation de la femme à certains actes de gestion de la communauté.

M. Véron nous a fourni des exemples très intéressants d'opérations que la loi autorise le mari à passer (3).

De plus la sanction des actes interdits au mari n'est pas toujours efficace pour sauvegarder les droits de la femme ; ainsi la donation d'immeuble, prohibée par l'article 1422 (C. civ.), est entachée d'une nullité relative qui n'est opposable par la femme qu'à la dissolution de la communauté, si elle l'accepte, et seulement dans le cas où le partage a pour effet de mettre dans son lot le bien aliéné.

Si on ajoute à cela que toute dette du mari, née pendant la communauté, quelle qu'en soit la source,

(2) VERON. — Les actes accomplis par le mari sur les biens de la communauté en fraude des droits de la femme. Thèse, Paris, 1924.

(3) V. VERON. Thèse précitée, pp. 18, 19 et suiv.

est commune et que le mari n'est tenu de rendre aucun compte à sa femme, on pourra avoir une idée exacte de la toute puissance du mari.

Les pouvoirs du mari, administrateur des biens propres de sa femme, sont plus limités et nous savons même qu'il est possible à la femme de se réserver l'administration de ces biens ; le mari perçoit les fruits et revenus, passe les contrats relatifs à leur entretien et à leur conservation, signe les baux des immeubles, conformément aux règles posées dans les articles 1429 et 1430 ; il a l'exercice des actions mobilières et des actions immobilières possessoires.

Des actes considérés comme les plus graves lui sont seuls interdits : il ne peut provoquer sans le concours de sa femme un partage définitif dans une succession destinée à rester propre à sa femme, il ne peut pas non plus aliéner les propres.

Le Code, sous l'influence de l'ancien Droit, et en particulier de la Coutume de Paris, qui ne connaissait pas les propres mobiliers parfaits, s'est contenté de prohiber l'aliénation des immeubles personnels (art. 1428 C. civ.). Mais la jurisprudence n'a pas tiré un argument de ce silence et elle a étendu cette prohibition au propres mobiliers : cette jurisprudence comporte néanmoins des exceptions au nom desquelles le mari peut aliéner les meubles consommables par le premier usage, les meubles destinés à être vendus, les meubles estimés dans le contrat de mariage, enfin, ce qui est le plus grave, les titres au porteur.

Malgré le vœu exprimé depuis longtemps (4), de voir appliquer au mari une disposition analogue à celle de la loi du 27 février 1880, aucune réforme n'est intervenue ; la pratique des agents de change qui s'est établie de ne jamais consentir à une conversion sans le consentement de la femme a permis de réaliser en fait la réforme souhaitée.

Il faut ajouter que le mari est tenu de rendre compte à sa femme ou à ses héritiers de l'administration des propres.

On imagine aisément les possibilités de fraude que ménagent au mari des pouvoirs aussi étendus et combien il va être difficile d'assurer une protection véritablement efficace aux droits de la femme.

Ces difficultés vont-elles être fortement atténuées sous les autres régimes ? La reconnaissance au mari de pouvoirs considérables n'est pas spéciale au régime de communauté.

Le régime sans communauté n'est qu'un régime de communauté sans biens communs ; il en résulte que le mari y jouit des mêmes pouvoirs que le mari administrateur des biens de la femme commune.

Les pouvoirs du mari sont plus restreints sous les régimes séparatistes puisque la femme y conserve, en principe, l'administration et la jouissance de ses biens, ou d'une partie de ses biens sous le régime dotal, mais dans la pratique, la femme abandonne

(4) Voir MINARD. — Droits et Pouvoirs du mari sur les valeurs mobilières de sa femme, sous les divers régimes matrimoniaux. Thèse, Paris, 1901.

souvent, expressément ou tacitement, la gestion de ses biens à son mari : celui-ci est tenu de représenter les fruits perçus, suivant les prescriptions de son mandat quand il est exprès, mais il est presque toujours tacite et, dans ce cas, les articles 1539 et 1578 du Code civil décident que le mari n'est tenu « qu'à la représentation des fruits existants et n'est point comptable de ceux qui ont été consommés jusqu'alors. » La jurisprudence a renforcé les effets de cette disposition en considérant comme « consommés » les fruits dont le mari a fait emploi en son propre nom (5).

Sous le régime dotal le mari jouit également de pouvoirs considérables puisqu'il a la disposition de toutes les actions même pétitoires immobilières et que la jurisprudence lui reconnaît le droit d'aliéner les meubles dotaux dont il devient propriétaire.

Mais si étendus que puissent être ces pouvoirs, de fortes garanties résultent de l'inaliénabilité de la dot immobilière et de l'impossibilité pour la femme de renoncer à son hypothèque légale.

Plus ou moins étendus suivant les régimes, les droits du mari sont toujours considérables, mais il convient de faire en terminant une remarque : dans les régimes séparatistes la femme abandonne le plus souvent la gestion de ses biens au mari, mais la supériorité de ces régimes sur la communauté réside

(5) Cass. Civ. 18 juin 1908, D.P. 1908.1.325.

en ce que, du jour où la désunion apparaît, il est toujours possible d'exiger l'application stricte des règles légales et ceci permet, dans une certaine mesure de protéger efficacement les droits de la femme.

Le rôle prépondérant du mari est encore renforcé parce qu'en même temps qu'il a fait du mari un « chef », le Code a fait de la femme mariée une « incapable ».

L'incapacité de la femme mariée, que nous nous contenterons de signaler à la fin de ce paragraphe, constitue à nos yeux une cause de renforcement de la puissance du mari dans le ménage. Sauf les exceptions prévues par le Code ou introduites par le législateur à la fin du XIX^e siècle et au début du XX^e siècle, la femme ne peut accomplir aucun acte judiciaire sans être habilitée par son mari ou par la justice ; cette incapacité se maintiendra pendant l'instance : ce n'est que pour intenter l'action en divorce ou en séparation de corps et les demandes qui s'y rattachent pour la conservation de ses biens qu'elle est dispensée d'obtenir l'autorisation de son mari.

Il était nécessaire de bien mettre en relief cette prépondérance du mari, cette absence de protection de la propriété mobilière à laquelle la jurisprudence a parfois suppléé, avant de passer à l'étude des textes qui ont édicté des atteintes à ces principes pour la période spéciale qui nous intéresse.

CHAPITRE II

LES TEXTES LÉGISLATIFS RELATIFS AU DIVORCE ET A LA SEPARATION DE CORPS

Il nous paraît indispensable de retracer brièvement, en tête de ce chapitre, la marche générale de la procédure du divorce et de la séparation de corps ; ceci est d'autant plus nécessaire que cette procédure a subi des modifications après le rétablissement du divorce en 1884 et que nous pouvons être conduits dans notre étude de la jurisprudence à examiner des décisions relatives à la séparation de corps, antérieures à la modification.

Le divorce admis par le Code civil de 1804 pour causes déterminées et par consentement mutuel, a été supprimé par la loi de 1816 pour des raisons confessionnelles, rétabli par la loi du 27 juillet 1884 qui n'a apporté aucune modification à la procédure telle qu'elle était réglée par le Code civil et le Code de Procédure civile ; c'est une loi du 18 avril 1886 qui est venue modifier et, à certains points de vue, simplifier la procédure du divorce et de la séparation de corps.

SECTION I. — *Traits généraux de la procédure
du divorce et de la séparation de corps*

Dans le Code de 1804, que complétait sur ce point les articles 875 et s. du Code de procédure, la procédure débutait par une demande détaillée, remise par l'époux demandeur en personne au Président du tribunal, ou au juge qui en assure les fonctions (art. 875 C. proc. civ.). A la suite de cette demande, le juge ordonnait au bas du procès-verbal de remise des pièces, la comparution des parties : cette ordonnance était signifiée à l'autre partie (art. 876).

Lors de la comparution des époux, le président devait s'efforcer de réaliser un rapprochement ; en cas très fréquent d'échec de cette tentative, il avait à en dresser procès-verbal et à ordonner la communication de la demande et des pièces au ministère public et le référé du tout au tribunal (art. 239, Code civil ancien).

A la suite de ces formalités, le tribunal accordait ou suspendait la permission de citer ; cette suspension ne pouvait excéder vingt jours ; muni de cette autorisation, le demandeur pouvait alors citer le défendeur à comparaître.

Le tribunal statuait après l'audition du rapport d'un juge commis, d'abord sur les fins de non-recevoir et ensuite sur l'admission au fond.

Il est inutile de nous étendre sur les formalités postérieures au jugement.

L'ancien article 307 prévoyait que l'action en séparation de corps serait intentée, instruite et jugée de la même manière que toute autre action civile.

Examinons maintenant les transformations que la loi du 18 avril 1886 a apportées à cette procédure puisque la loi de 1884 avait rétabli le divorce sans modifier la procédure antérieure.

On a soutenu parfois que la réforme de 1886 avait eu seulement pour effet de simplifier la procédure du divorce et par conséquent de rendre cette institution plus accessible aux plaideurs ; mais il ne semble pas que ce reproche puisse être formulé d'une manière aussi absolue. S'il est vrai qu'ont été supprimées certaines formalités, si les pouvoirs du président ont été renforcés au détriment de ceux du tribunal tout entier, il ne faut pas voir là, à notre avis, le simple désir du législateur de rendre plus facile aux époux l'accès d'une institution dont l'abus ne peut avoir, au point de vue social, que des conséquences néfastes. Le législateur a pensé avec raison que les fonctions si délicates de conciliateur nécessitant un ascendant personnel considérable et beaucoup de doigté, seraient remplies plus utilement par le président, juge unique, que par tout un tribunal, ce président était tout désigné pour ordonner les mesures provisoires et conservatoires, et d'autre part devant l'échec des procédures de conciliation, il était préférable de ne pas retarder in-

définiment la solution au détriment des intérêts en présence.

La nouvelle procédure débute par une requête, que l'époux demandeur présente en personne au président du tribunal ou au juge qui en fait fonction ; le président rend au bas de cette requête une ordonnance pour ordonner la comparution ; nous verrons en étudiant les règles de procédure concernant les mesures provisoires, que par cette première ordonnance, dite ordonnance de citer des mesures provisoires peuvent déjà être ordonnées (art. 236, Code civil).

Cette ordonnance au bas de la requête doit être signifiée à l'époux défendeur.

Le préliminaire de conciliation a lieu devant le président du tribunal, qui entend les parties et s'efforce d'opérer un rapprochement entre les époux. Dans la majorité des cas, il rend une ordonnance constatant la non-conciliation ou le défaut et par laquelle il va autoriser l'époux demandeur à assigner l'autre devant le Tribunal ; le juge a la faculté, s'il entrevoit la possibilité d'un apaisement, d'ajourner les parties à un délai qui ne peut excéder vingt jours.

L'époux demandeur devra, d'autre part, user de la permission de citer qui lui a été accordée par l'ordonnance du président dans un délai de vingt jours, sous peine de voir cesser de plein droit les mesures provisoires ordonnées à son profit. Cette ordonnance présente un intérêt fondamental, au point de vue de la question qui nous intéresse.

A la suite de la citation, le tribunal se trouve saisi et nous n'examinerons pas ce qui concerne le jugement et les formalités postérieures.

Si nous considérons maintenant la séparation de corps, nous trouvons l'article 307 du Code civil qui décide qu'elle sera intentée, instruite et jugée de la même manière que toute autre action civile ; néanmoins les articles 236 à 244, c'est à dire toutes les règles de la procédure du divorce depuis l'ordonnance permettant de citer, se trouvent applicables et par conséquent tout ce qui est relatif aux mesures provisoires et conservatoires.

Notons que le nouvel article 234 (C. civ.) n'a pas été déclaré applicable à la demande en séparation de corps : cette demande reste donc régie par les articles 875 et 876 du Code de procédure.

La procédure du divorce doit répondre à des exigences parfois contradictoires et il est peut-être mal venu de critiquer une rapidité et une simplicité qui, si elles ont l'inconvénient de pousser dans une certaine mesure les époux au divorce, permettent cependant de ne pas prolonger à l'excès une situation presque toujours gravement préjudiciable aux intérêts patrimoniaux des époux.

Il est nécessaire ici pour être complet de mentionner la disposition finale de l'art. 252 (C. civ.), telle qu'elle résulte de la loi du 26 Juin 1919 : « Le jugement ou l'arrêt devenu définitif remontera, quant à ses effets entre époux en ce qui touche leurs biens, au jour de la demande. Mais il ne produira

effet au regard des tiers qu'au jour de la transcription. »

Cette disposition peut paraître rentrer dans le cadre de l'étude des effets pécuniaires du divorce, c'est-à-dire des règles à suivre pour répartir à la liquidation les biens entre les époux, mais même quand on se limite à l'étude d'une période déterminée, on risque de donner des notions fausses si on se contente d'envisager cette période comme une abstraction, sans signaler les liens qui unissent les questions les unes aux autres.

Pour avoir une idée exacte des relations pécuniaires pendant l'instance, il est nécessaire de connaître dans quelle mesure un versement effectué sera maintenu et qui en supportera définitivement la charge.

Dans le Code de 1804, cette question était réglée par les articles 264, 265 et 266 qui décidaient que le jugement autorisant le divorce devait être prononcé dans un certain délai par l'officier de l'état-civil : c'était là une application, qui s'était révélée plutôt néfaste, du principe du parallélisme des formes. En 1886, on remplace cette « célébration » par une transcription sur les registres de l'état-civil. « Le jugement dûment transcrit remonte, quant à ses effets entre époux, au jour de la demande. » La loi de 1919 a consacré législativement les solutions jurisprudentielles.

Nous verrons, en étudiant l'administration des biens pendant l'instance, les conséquences que la

jurisprudence a fait découler de ce texte fondamental.

SECTION II. — *Les mesures provisoires
et conservatoires. Généralités*

Avant d'examiner les dispositions législatives consacrées par le Code aux mesures provisoires et conservatoires, nous devons répondre à une première question : A quelles nécessités répondent ces mesures ?

Nous l'avons déjà laissé entrevoir, le mariage subsiste avec toutes ses conséquences sauf une, qui va être supprimée dès la première comparution des époux devant le juge, puisque l'article 236 permet au juge d'autoriser les époux à vivre séparément ; mais cette décision va désorganiser le ménage ; l'époux autorisé à résider séparément aura-t-il des ressources pour subvenir à ses besoins et à ceux de ses enfants ? Quel va être, par ailleurs, le sort des enfants ? N'est-il pas à craindre que l'époux qui dispose des biens, nous savons déjà que c'est presque toujours le mari, profite de cette séparation pour léser son conjoint.

Ce sont là autant de questions d'intérêt vital pour la famille et que la désunion empêche les époux de régler eux-mêmes, bien plus, la jurisprudence n'admet pas les règlements anticipés pendant la durée de l'instance ; un tel accord portant atteinte à plusieurs principes fondamentaux, notamment à

celui de l'immuabilité des conventions matrimoniales et dissimulant en pratique des marchandages de moralité douteuse (1) ; seul l'engagement pris par le mari de verser une pension alimentaire est valable parce qu'il ne fait ainsi que remplir spontanément une obligation que lui impose la loi (2).

En règle générale, c'est donc au législateur d'édicter des textes qui permettront au juge d'organiser cette séparation temporaire.

Bien que la réforme de 1886 ait marqué en cette matière un progrès certain, les dispositions de la loi sont excessivement succinctes : peut-être est-ce un procédé voulu dans une matière où la décision du juge est subordonnée à tant d'éléments variés et différents suivant les espèces ; il peut donner de bons résultats si un pouvoir d'appréciation très large est laissé au juge avec possibilité de porter, en cas de nécessité, une atteinte temporaire aux principes généraux du régime matrimonial.

On entend par mesure provisoire et conservatoire l'ensemble des décisions ordonnées pendant l'instance par le juge, le tribunal ou la Cour, et relatives aux rapports des époux et à l'exercice de certains droits, ainsi qu'à la protection de leurs intérêts patrimoniaux : on a l'habitude d'associer ces deux espèces de mesures, bien qu'elles visent à des buts différents. Le Code de 1804 rangeait indifférem-

(1) Paris, 2 Mars 1925, D.P. 1926.II.13 ; Aix 24 Oct. 1928 D.H. 1930 Somm. p. 10.

(2) Paris, 2 Mars 1925, précité.

ment des mesures provisoires proprement dites et des mesures conservatoires sous le titre unique : « Des mesures provisoires auxquelles peut donner lieu la demande en divorce. »

La Doctrine d'ailleurs avait précisé cette distinction et la loi de 1886 a marqué la différence. Nous suivrons cette division en étudiant dans deux sections distinctes les textes relatifs aux mesures provisoires et aux mesures conservatoires.

SECTION III. — *Les mesures provisoires*

La suppression de la vie commune va entraîner des mesures qui vont concerner, soit le point de vue moral, soit le point de vue pécuniaire ; ce dernier point nous intéresse seul.

Du point de vue moral, la question la plus grave a trait à la garde des enfants, mais une fois cette question réglée, il importe d'assurer à l'époux qui a obtenu cette garde, des moyens d'existence, surtout s'il n'a pas la disposition de biens, dont il a peut-être la propriété : ce sont là les mesures provisoires d'ordre pécuniaire ; elles ont pour fondement le devoir d'assistance réciproque édictée par l'article 212 du Code civil, devoir dont le mode d'exercice va se trouver provisoirement modifié par l'introduction d'une instance en divorce ou en séparation de corps.

Pendant le mariage, le régime matrimonial pourvoit à l'exécution de ce devoir ; « le mariage,

a dit un auteur (3), en fondant sous le même toit et à la même table un ménage, oblige à des dépenses communes l'homme et la femme qui s'unissent. Pour y subvenir, leurs ressources se mêlent fatalement et il se forme ainsi un fonds d'affectation spéciale, qui n'est pas toujours un fonds commun quant à la propriété, mais l'est nécessairement quant aux dépenses qu'il couvre. »

Ce « fonds d'affectation spéciale » existe sous tous les régimes : sous le régime de communauté, il est constitué par les biens communs que viennent alimenter principalement les revenus propres des époux et le produit de leur travail ; aux termes de l'article 1409-5, le passif commun comprend les aliments des époux et toutes les charges du mariage.

Sous le régime dotal, les revenus de la dot sont affectés en premier lieu aux dépenses du ménage.

Sous le régime sans communauté, le mari, usufruitier des biens propres de sa femme, pourvoit en compensation à cet entretien ; il peut d'ailleurs être convenu, dit l'article 1534, que la femme touchera annuellement sur ses seules quittances, certaine partie de ses revenus pour son entretien et ses besoins personnels, mais l'obligation alimentaire dont est tenu le mari a pour effet de mettre à sa charge cet entretien, même si, par suite des circonstances, les revenus de la femme ne lui permettent pas d'y faire face.

(3) R. Savatier. — Des inconvénients du régime conventionnel de séparation de biens (D.H. 1929, Chronique, p. 21).

Sous le régime de séparation de biens, les frais du ménage et ceux d'éducation et d'entretien des enfants sont assurés, pour chacun des époux, proportionnellement à leurs facultés respectives ; l'article 1448 C. civ. ajoute que la femme doit supporter entièrement les frais, s'il ne reste rien au mari ; on ne comprend d'ailleurs pas la raison qui a pu amener le législateur à abandonner ces dispositions équitables applicables en cas de séparation de biens judiciaire, pour fixer en cas de séparation de biens conventionnelle, la part contributive de la femme au tiers de ses revenus en cas de silence du contrat.

Quoiqu'il en soit, ce rapide examen fait ressortir un point que notre étude préliminaire, concernant l'esprit de notre droit matrimonial, pouvait laisser prévoir : le mari dispose des biens affectés à la vie du ménage, à l'entretien des époux et à l'éducation des enfants et si, en fait, la femme assume les dépenses courantes du ménage ce n'est qu'en application de la théorie jurisprudentielle du mandat tacite, mandat dont la jurisprudence n'admet que difficilement la persistance pendant l'instance.

La cessation de la vie commune est une mesure d'une urgence extrême, dès que se sont manifestés judiciairement les premiers dissentiments ; comment la loi prévoit-elle l'accomplissement du devoir d'assistance ?

Après avoir recherché comment et pourquoi se pose le problème, examinons en quels termes le législateur y a fourni une solution.

Sous l'empire du Code civil, les pouvoirs du

juge, en matière de mesures provisoires, se trouvaient assez restreints ; d'après l'article 878 du Code de procédure, le juge, par l'ordonnance de non-conciliation, autorise la femme à résider séparément et ordonne que lui seront remis ses effets à usage journalier ; les demandes en provision, ajoute l'article 878, seront portées à l'audience. Et, en effet, les articles 267 à 270 du Code civil ancien prévoyaient que toutes les mesures provisoires seraient ordonnées par le Tribunal : ces mesures étaient relatives à la garde des enfants, à la résidence séparée, à la pension alimentaire.

L'article 268 indiquait que la pension alimentaire devait être proportionnée aux facultés du mari ; cette pension alimentaire n'était due que si la femme était en état de justifier de sa résidence dans la maison indiquée, toutes les fois qu'elle en était requise. Ce sont là toutes les dispositions qui, dans les deux Codes, visaient les mesures provisoires : c'était peu et il faut féliciter la jurisprudence d'avoir réussi à établir un système efficace de protection sur une base aussi faible. La loi de 1886, tout en apportant quelques réformes utiles, n'a pas cependant donné d'indications vraiment nouvelles.

Les dispositions concernant les mesures provisoires sont actuellement contenues dans les articles 236, 237, 238 et 241 du Code civil que l'article 307 a déclarées applicables à la séparation de corps. Dès la première ordonnance permettant de citer, le juge peut autoriser l'époux demandeur à résider séparément, en indiquant, s'il s'agit de la femme, le lieu

de la résidence provisoire (art. 236 C. civ.). Tirant argument des mots « à nouveau » contenus dans l'article 238 (C. civ.), qui est relatif à la deuxième ordonnance, des auteurs ont soutenu que, dès la première ordonnance, le juge pouvait statuer sur la garde provisoire des enfants et la remise à la femme de ses effets personnels.

L'extension des pouvoirs du juge conciliateur a été certainement une des plus heureuses modifications de la loi de 1886 ; alors qu'aux termes des dispositions abrogées, le Tribunal seul était compétent pour statuer, et qu'il fallait attendre qu'il fût saisi, le juge peut, dès la première ordonnance, assigner à chacun des époux une résidence séparée ; cette séparation immédiate aurait pu avoir d'heureux effets pour apaiser les dissentiments trop vifs ; cependant il est malheureusement vrai que la tentative de conciliation ne donne presque jamais de résultats positifs.

Par l'ordonnance de non-conciliation, le juge statue à nouveau sur la résidence, sur la garde des enfants, sur la remise des effets personnels, ainsi que sur la demande d'aliments.

Dans les cas où il entrevoit la possibilité d'une réconciliation prochaine, le juge peut ajourner les parties à un délai qui n'excédera pas vingt jours, en ordonnant évidemment les mesures provisoires nécessaires jusqu'à l'expiration de ce délai.

Mais généralement le juge est suffisamment édifié par la tentative de conciliation qui vient d'avoir lieu et il accorde au demandeur l'autorisation

d'assigner ; de cette autorisation, le demandeur doit user dans un délai de vingt jours, sous peine de voir cesser les mesures provisoires ordonnées à son profit (art. 238 *in fine*). L'article 238 précise que cette ordonnance est exécutoire par provision et qu'elle est susceptible d'appel dans les délais fixés par l'article 809 du Code de procédure.

A partir du jour où le Tribunal est saisi, c'est-à-dire du jour où l'assignation a été signifiée et le délai donné au défendeur pour comparaître est expiré, il devient compétent pour ordonner de nouvelles mesures provisoires ou pour modifier celles qui ont été ordonnées antérieurement, quand les circonstances l'exigent (art. 238, 4^e alinéa, et art. 240 C. civ.).

Remarquons en dernier lieu que le Code a réservé la compétence du juge des référés, pour statuer en cas d'urgence sur la résidence de la femme ; nous verrons comment la jurisprudence a négligé cette dernière restriction pour restituer aux plaideurs la voie de droit commun du référé qui vient s'ajouter aux voies de droit, édictées spécialement pour la matière du divorce.

Après avoir ainsi passé en revue les dispositions de la loi, il nous est possible de dégager les caractères essentiels de ces mesures dites provisoires.

Deux caractères se dégagent : 1^o Les mesures provisoires sont temporaires, révocables au gré du juge, selon les modifications des circonstances survenues, soit à la suite des décisions rendues, soit à raison des faits qui se sont produits ; parce qu'elles

constituent des mesures d'urgence, le législateur a rendu exécutoire par provision la décision qui les édicte ; nous pouvons signaler dès maintenant que la jurisprudence a renforcé ce trait en admettant l'exécution à la minute par analogie avec l'article 811 du Code de procédure civile. Le tribunal peut, lui aussi, modifier les mesures ordonnées par le juge, si les circonstances l'exigent, il en est de même devant la Cour.

2°) Un deuxième caractère, moins important peut-être, est le caractère accessoire de ces mesures, nous entendons par là que ces mesures dérogatoires au droit commun ne peuvent et ne doivent exister qu'autant qu'une instance est engagée entre les époux ; il serait dangereux, pour l'ordre social et pour l'existence de la famille, qu'un des époux puisse intenter une action en divorce et, satisfait d'avoir obtenu une résidence séparée et une pension alimentaire, ne poursuive pas la procédure. Le législateur a déjoué cette manœuvre qui aboutirait à sanctionner judiciairement une séparation de fait, en faisant cesser de plein droit les mesures provisoires lorsque l'époux qui les a obtenues n'a pas utilisé le permis d'assigner dans un délai de vingt jours.

SECTION IV. — *Les mesures conservatoires*

Une première différence doit être signalée entre les mesures provisoires et les mesures conserva-

toires. Les mesures provisoires sont toujours ordonnées par le juge ou le tribunal, d'office ou à la demande des parties, mais la justice en détermine les modalités. Au contraire, les époux sont, à partir d'un certain moment, autorisés à pourvoir à la conservation de leurs biens et, tout en étant tenus d'obtenir une autorisation préalable, ils conservent une certaine initiative. Avant la loi du 18 Avril 1886, les mesures conservatoires étaient prévues par les articles 270 et 271 du Code civil ; ce dernier article reproduit sans changement par l'article 243. proclame la nullité des actes passés en fraude des droits de la femme, postérieurement à l'ordonnance accordant permis de citer ; cette disposition capitale très souvent invoquée, a donné lieu en jurisprudence à des applications intéressantes.

L'article 270 autorisait la femme commune en biens à requérir l'apposition des scellés sur les effets mobiliers de la communauté ; un inventaire devait être fait et le mari constitué gardien judiciaire.

Ces articles transformés sont devenus les articles 242 et 243 ; mais lors de la réforme de 1886, le législateur a cherché à assurer une protection plus forte.

Dès la première ordonnance, l'un ou l'autre des époux, et non plus seulement la femme, peut, sur l'autorisation du juge, donnée à charge de lui en référer en cas de difficulté, prendre pour la garantie de ses droits des mesures conservatoires ; l'apposition des scellés, qui paraissait constituer la seule mesure possible aux yeux des rédacteurs du Code,

n'apparaît plus dans la nouvelle rédaction, où elle est précédée du « notamment » qu'à titre d'exemple ; une plus grande liberté est laissée aux époux, et par le fait même aux juges qui les autorisent, dans le choix des mesures qui leur paraissent les mieux appropriées.

Alors que l'ancien article 270 semblait réserver à la femme commune le droit de prendre des mesures conservatoires, le nouvel article 242 accorde ce droit à la femme, même non commune, pour la conservation des biens dont son mari a l'administration et la jouissance ; la doctrine reconnaissait d'ailleurs ce droit à la femme, même non commune, avant la loi de 1886 qui n'a fait qu'adopter l'opinion des auteurs. Nous retrouvons dans l'article 242 (*in fine*) les mêmes dispositions concernant la levée des scellés, l'inventaire ; mais d'une part l'époux en possession est constitué gardien judiciaire : rien ne s'oppose à ce que ce rôle soit dévolu à la femme, et d'autre part le législateur a reconnu au juge la liberté d'écarter les prescriptions de la loi, qui s'imposaient impérativement dans l'ancienne rédaction par l'adjonction du membre de phrase « à moins qu'il n'en soit décidé autrement ».

Nous terminons ici l'exposé des dispositions législatives qui règlent les rapports pécuniaires pendant l'instance en divorce ou en séparation de corps ; nous avons pu voir qu'elles étaient peu nombreuses et surtout peu détaillées ; devant cette carence relative et peut-être volontaire du législateur, l'œuvre restant à accomplir par les tribunaux sera

considérable ; ils se référeront aux principes généraux toutes les fois qu'ils pourraient ne pas avoir de directives suffisantes dans les textes spéciaux à la matière.

CHAPITRE III

L'INSTANCE EN SÉPARATION DE BIENS

Le droit de demander la séparation de biens est une garantie accordée à la femme, en contrepartie des pouvoirs reconnus au mari, lorsque celui-ci compromet par son impéritie ou sa négligence, son incompétence à administrer, les biens de la femme, dont il doit assurer la gestion.

Comme la loi déclare nulle toute séparation volontaire, cette séparation se poursuivra nécessairement en justice ; nous allons donc avoir une instance dont le but est d'enlever à un mari dont, aux termes mêmes de la loi « les affaires sont en désordre », les pouvoirs d'administration que lui reconnaît la loi sur les biens de la communauté et sur les biens de sa femme ; il semble donc logique de trouver des dispositions qui vont permettre, dès l'introduction de l'instance, de protéger la femme dans ses biens en ôtant au mari les pouvoirs dont il fait un si mauvais usage.

Cependant s'il est possible de trouver dans l'organisation de l'instance en séparation de biens, des indications intéressantes pour l'instance en divor-

ce ou en séparation de corps, il faut remarquer que ces deux institutions répondent à des besoins essentiellement différents, et que les difficultés qu'elles soulèvent ne sont pas susceptibles de solutions rigoureusement identiques.

Dans l'instance en divorce ou en séparation de corps, les griefs que l'époux demandeur articule sont d'ordre moral et le but cherché est d'obtenir la rupture ou le relâchement du lien matrimonial ; si des mesures conservatoires relatives aux biens sont rendues nécessaires, c'est parce que le désaccord rend impossible la vie commune et qu'on craint avec raison qu'à la faveur de cette séparation, l'un ou l'autre des époux, et surtout le mari, ne cherche à nuire pécuniairement à son conjoint ou à s'adjuger lui-même une réparation préventive, largement appréciée, du préjudice qu'il estime lui être causé par la demande.

Dans l'instance en séparation de biens, nous voyons au contraire la femme exercer une garantie qui lui est reconnue par la loi, pour sauvegarder son patrimoine qu'elle estime être en péril, mais sans que soit mis en cause l'existence du lien matrimonial, ni que soit formulé un grief d'ordre moral ; la vie commune n'est pas supprimée, c'est pourquoi nous trouvons rarement des mesures provisoires, à part une provision *ad litem* (1) qui peut être nécessaire, car la femme peut n'avoir la disposition d'aucun de ses biens propres et l'instance

(1) Caen, 8 Août 1849, D.P. 1850.V.421.

en cours a précisément pour effet de lui en faire obtenir la restitution.

L'accord règne en principe entre les époux, à tel point que le législateur a craint surtout que cette entente ne soit trop parfaite et n'aboutisse, en réalité, à rendre le mari insolvable au détriment de ses créanciers personnels ; il faut bien noter que cette crainte d'une collusion frauduleuse entre les époux semble préoccuper bien plus le législateur dans l'organisation de la procédure en séparation de biens que la protection de la femme contre les actes du mari.

Ce danger est particulièrement grave du fait que les effets du jugement, à la différence du jugement de divorce, remonteront, même à l'égard des tiers, au jour de la demande (2). Cette rétroactivité a pour effet d'annuler les actes de disposition du mari, sans que la femme ait à prouver la fraude, sauf si ces actes ont été une cause de profit pour la communauté ; les saisies-arrêts pratiquées par les créanciers du mari seront annulées, seuls les actes d'administration seront maintenus, à moins qu'ils n'aient été faits en fraude des droits de la femme. Mais cette rétroactivité n'est possible que grâce aux mesures de publicité (affichage et insertion dans les journaux) organisées dès le début de l'instance par les articles 866, 867 et 868 du Code de procédure civile. Certains pensent que ces mesures de publi-

(2) Aubry et Rau, 5^e édit. tome VII, 480, p. 338.

cité ne peuvent être étendus au cas du divorce ; nous exprimerons plus loin notre opinion à ce sujet.

Bien que la rétroactivité constitue pour la femme une garantie fondamentale, des mesures conservatoires sont ordonnées et la jurisprudence paraît même les accorder avec plus de facilité : elle peut évidemment requérir l'apposition des scellés, suivie d'un inventaire, pratiquer des saisies-arrêts entre les mains des débiteurs de son mari, des oppositions entre les mains de ses débiteurs personnels, des saisies-gageries sur les meubles de la communauté ou du mari, exiger des dépôts de valeurs à la Caisse des Dépôts et Consignations, et il semble même qu'il soit possible d'obtenir un séquestre des biens de la communauté (3).

De cette constatation que les tribunaux accordent avec facilité les mesures conservatoires pendant l'instance en séparation de biens, nous tirerons une conclusion pratique : toutes les fois qu'à l'occasion d'une instance en divorce ou en séparation de corps, il y aura lieu, pour la femme, de sauvegarder des intérêts pécuniaires un peu importants et de craindre que son mari ne soit un mauvais administrateur, il y aura tout avantage à mener parallèlement à l'action en divorce une action en séparation de biens ; l'avantage de cette double procédure serait de mettre les tiers en garde, sans leur faire connaître cependant les dissentiments d'ordre moral surgis entre les époux.

(3) Req. 14 Mars 1855, D.P. 55.I.235.

DEUXIEME PARTIE

L'EVOLUTION ECONOMIQUE ET SOCIALE ET LA JURISPRUDENCE RELATIVE AUX MESURES PROVISOIRES ET CONSERVATOIRES

Sur la base constituée, d'une part par les principes généraux du droit, et d'autre part par les textes relativement peu nombreux que nous avons étudiés dans la première partie, la jurisprudence a élaboré les différentes théories au moyen desquelles peuvent se résoudre les problèmes pécuniaires entre époux pendant l'instance.

Pour pouvoir apprécier en connaissance de cause l'œuvre de la jurisprudence, pour comprendre les difficultés qu'elle a pu éprouver en pratique pour conformer ses solutions aux réalités sur la base de principes vieillis, il nous faut signaler les causes qui accentuent tous les jours le désaccord profond entre le droit et les nécessités économiques et sociales de l'existence actuelle.

Nous devons donc, préalablement à l'étude de la jurisprudence, donner un aperçu de l'expansion éco-

nomique du début du xix^e siècle à nos jours, transformation qui a bouleversé par contre-coup les conditions sociales de vie ; la dépendance est si étroite entre le droit de la famille et les mœurs qu'on peut même dire que toute modification de ce droit par voie législative a de grandes chances de demeurer inopérante, si elle n'est pas la consécration d'une évolution sociale déjà accomplie. Examinant dans le Livre du Centenaire du Code civil la progression de la personnalité de la femme, M. le Professeur Lerebourg-Pigeonnière (1) écrivait : « mais il serait absolument
« faux de faire du texte du Code le point de départ
« de ce progrès, car l'interprétation jurispruden-
« tielle a été dominée moins par le texte que par les
« mœurs, elle a été le produit, non pas le facteur,
« des mœurs. »

(1) Le Code civil et la famille. — Livre du Centenaire du Code civil,

CHAPITRE I

EVOLUTION ECONOMIQUE ET SOCIALE DEPUIS LA PROMULGATION DU CODE

Le désaccord qui se révèle actuellement entre les faits et les textes du Code est essentiellement dû au développement du commerce et de l'industrie, qui est venu, à la suite de la promulgation du Code civil, renverser les notions acquises sur les valeurs respectives des différents biens ; à peine amorcé au début du xix^e siècle ce mouvement avait pu rester caché aux rédacteurs du Code, praticiens de l'ancien Droit, aux conceptions duquel ils restaient attachés.

D'autre part l'importance des bouleversements de l'ordre politique a pu dissimuler à leurs yeux des modifications d'ordre économique encore à peine perceptibles. Mais en matière sociale également, et en particulier en ce qui concerne le rôle de la femme dans la famille qui nous intéresse, tout spécialement, nous voyons le Code adopter les conceptions les plus surannées de l'ancien Droit, en les renforçant même, sous l'influence des idées toutes personnelles qu'avait sur ce point précis le Premier Consul. Nous allons rechercher les conséquences directes, sur le droit matrimonial, de cette expansion économique qu'un

auteur a synthétisé ainsi (1) : « Des voiliers, des péniches, des charrettes, des diligences suffisent aux communications ; quelques usines émergent çà et là, parmi les balbutiements de la science, de la multitude des petits ateliers qui travaillent pour les marchés locaux ; une agriculture arriérée constituant l'occupation des quatre cinquièmes des habitants, et ne réussissant qu'avec peine à faire subsister des provinces aussi indépendantes les unes des autres que de l'étranger ; une consommation parcimonieuse répondant à une production médiocre ; un négoce extérieur ne s'alimentant qu'aux choses d'une grosse valeur sous un léger volume ; un commerce intérieur attaché aux pratiques les plus archaïques ; une fortune acquise répugnant à toute circulation et vivant sur sa seule substance ; quelques fonds d'Etat formant le plus clair de la richesse mobilière ; des services innombrables échappant à toute tarification — ceux-là seuls en vérité sont pleinement capables d'évoquer un état de choses aussi hostile à l'échange, dont l'existence s'écoule dans la fréquentation des documents ou des ouvrages littéraires d'il y a un siècle.

« Aujourd'hui, aux paquebots, aux chemins de fer, aux télégraphes ne se sont pas seulement superposés ces armées d'automobiles, ces escadres d'aéroplanes, ces réseaux de T. S. F. qui achèvent de rapetisser pour nos rapports avec le reste du monde

(1) P. BONNET. — Le droit en retard sur les faits, P. 79.

« comme pour les rapports de nos provinces entre
« elles, des distances déjà si abrégées.

« A nos vieilles industries de luxe et de demi-
« luxe ne se sont pas seulement juxtaposées une agri-
« culture métamorphosée par l'usage intensif des
« engrais, du machinisme et surtout de grandes in-
« dustries toutes neuves, dont l'énormité grossit sans
« trêve et qui, sous le contrôle d'une science désor-
« mais rivée à leur progrès, s'obligent à écouler d'in-
« croyables quantités d'objets toujours plus divers.
« Tandis que, sous la pression de besoins plus impé-
« rieux que jamais, la nécessité du travail s'impose
« désormais à tous, la loi de « *spécialisation* » devient
« si tyrannique à l'endroit des activités de tout ordre
« que, pour son ravitaillement comme pour la vente
« de ses produits, le village le plus reculé se trouve
« maintenant dans la dépendance du reste de la na-
« tion, voire du reste du globe.

« Par masses infatigablement croissantes, les
« matières premières, les denrées alimentaires, les
« produits de consommation s'ajoutent aux objets
« de luxe pour composer les éléments quotidiens des
« transactions courantes. Mais si les courants de no-
« tre commerce extérieur, outre d'immenses colo-
« nies, embrassent l'univers, si toujours plus facili-
« tées par la multiplication du crédit, les opérations
« de notre commerce intérieur exigent des profes-
« sionnels qui les assument, un labeur qui ne saurait
« s'interrompre seulement quelques heures, notre
« richesse mobilière s'accroît dans des proportions

« qu'aurait jugées insensées le plus téméraire rêveur
« de jadis. Et de plus en plus rares se font les épar-
« gnants qui dédaignent encore de participer à la
« vertigineuse circulation des milliers de valeurs
« négociées dans nos bourses, par des banques sans
« nombre. »

Cette citation, peut-être un peu longue, mais si évocatrice, nous fait comprendre qu'un même droit ne peut s'appliquer à deux périodes si opposées ; recherchons donc les conséquences de cette évolution en rapport direct avec notre sujet, en étudiant dans une Section I le développement de la richesse mobilière et dans une Section II l'évolution du rôle de la femme. Nous mettrons en parallèle dans une Section III l'insuffisance du mouvement législatif d'adaptation.

SECTION I. — *Développement de la richesse mobilière*

Le Code a consacré nous l'avons déjà dit, le vieil adage latin de l'ancien droit : « *Res mobilis, res vilis* », en multipliant les formalités protectrices au profit de la fortune immobilière ; on peut même dire que le Code a aggravé les conséquences de ce principe qui, en admettant qu'il fût vrai lors de sa rédaction, n'allait plus l'être longtemps : en effet l'ancien Droit en avait atténué la rigueur par un double tempérament ; d'une part certains biens que leur nature faisait immeubles, étaient rejetés dans la catégorie

des meubles parce que leur faible valeur ne rendait pas nécessaire pour eux une protection particulière (2).

A l'inverse, la valeur de certains biens comme les offices et les rentes constituées les faisait ranger dans les immeubles, bien que leur nature fût plutôt mobilière.

Le Code civil, en proclamant dans son article 516 que la distinction des biens en meubles et immeubles était absolument générale, n'y apporte aucun tempérament.

Une autre théorie a été soutenue par un auteur (3) qui prétend que l'adage « *Res mobilis, res vilis* » n'a eu aucune influence sur les rédacteurs du Code ; il soutient que la classification antérieure à la Révolution était basée sur l'idée de productivité et que le « *vilis mobilium possessio* » fut l'expression d'un résultat et non la cause de la classification.

A ce critérium de « productivité » les rédacteurs du Code en ont selon lui substitué un autre, fondé sur l'idée de circulation opposée à celle de fixité et de localisation et malgré la valeur de certains biens, valeur qu'ils n'ignoraient pas, ils les ont rangés dans la catégorie des meubles en application du nouveau principe qu'ils adoptaient comme base de distinction.

Nous sortirions du cadre de cette étude en discu-

(2) Voir pour certaines espèces d'arbres et pour certaines constructions. — BOUTILLIER, *Somme rurale* Lib. I. Titre 74.

(3) SAINT-GERMES. — De l'influence de la valeur des meubles sur le Code civil français, les lois qui l'ont complété et la Jurisprudence. — Thèse Alger 1926.

tant cette théorie qui prétend remplacer la théorie classique ; mais il est intéressant de constater que cet auteur, qui soutient à l'appui de sa théorie qu'il existait à la Révolution une fortune mobilière déjà considérable, signale néanmoins la prodigieuse augmentation de la fortune mobilière au cours du xix^e siècle. « La richesse mobilière se chiffre aujourd'hui par milliards et elle est probablement supérieure à la richesse foncière » (2).

Ce développement extraordinaire de la richesse mobilière constitue le phénomène économique le plus marqué depuis la promulgation du Code, et c'est un de ceux qui ont le plus contribué à faire naître le désaccord entre les solutions légales et les faits ; d'une part apparaissent des droits incorporels de nature mobilière, droits de propriété d'une nature spéciale, industrielle et commerciale, littéraire et artistique qui font apparaître la nécessité d'une réglementation particulière ; d'autre part certains biens dont la valeur considérable (3) a tendance à augmenter nécessiteraient non plus une réglementation de détail, mais un bouleversement complet de tous nos grands principes juridiques.

Le fonds de commerce, universalité juridique de nature mobilière, dont on connaît l'importance économique actuelle, crée entre époux des problèmes

(4) PLANIOL ET RIPERT. — Cours élémentaire de Droit Civil français Tome I, N° 2.200.

(5) P. BONNET. — Le Droit en retard sur les faits. P. 60 Voir en notes 2 et 3 quelques exemples de prix atteints par des fonds de commerce.

que les principes actuels du droit matrimonial français ne permettent pas de résoudre d'une manière satisfaisante : ce qui fait la valeur d'un fonds c'est son exploitation régulière et on perçoit les difficultés qu'il va falloir vaincre pour assurer, pendant une instance en divorce ou en séparation de corps, cette gestion à la satisfaction des deux parties en cause.

D'un autre côté, la constitution en sociétés de certains fonds, dont la valeur dépasse les limites d'un patrimoine de particulier, jointe au développement de la grande industrie, du crédit et du commerce de la banque va entraîner le développement d'une forme de richesse qui va bientôt occuper la première place dans les fortunes particulières : les valeurs mobilières, qui sous la forme de titres au porteur circulant comme des meubles ordinaires, vont offrir les plus grandes facilités à ceux qui veulent frauder, que la victime soit le fisc ou leur conjoint ; éviter cette fraude sera d'autant plus difficile que toute réglementation constituera une entrave à la libre circulation et enlèvera sa qualité principale à cette forme nouvelle de richesse.

SECTION II. — *Extension du rôle de la femme*

Nous avons signalé, au début de ce chapitre dans lequel nous nous sommes proposés de rendre tangibles les causes du désaccord entre les faits et les principes juridiques consacrés, l'importante évolution du rôle de la femme dans la vie moderne.

Il serait faux de croire que les transformations des mœurs se sont opérées dans un parallélisme étroit avec les modifications d'ordre économique ; l'évolution économique, due en particulier aux progrès scientifiques, a commencé dès le début du *xix^e* siècle ; les changements dans les mœurs, touchant au rôle de la femme dans la famille et dans la société, n'ont commencé à se faire sentir que vers la fin du *xix^e* siècle. Sans doute le travail de la femme n'est pas une nouveauté et il y a eu depuis longtemps des femmes ouvrières et employées de commerce ; nous savons même que sur ce point la tâche du législateur a consisté à adoucir certaines conditions trop rigoureuses de travail ; mais l'infériorité de la femme s'est manifestée longtemps à un triple point de vue : économique, civil et politique.

Du point de vue économique, nous pouvons dire que la femme a presque atteint l'égalité ; nous la voyons de plus en plus exercer une profession indépendante ; commerçante elle n'aide plus le mari dans son commerce mais gère un fonds séparé ; les carrières libérales lui sont ouvertes et si l'accès de certaines fonctions publiques lui demeure encore interdit, c'est la conséquence de son infériorité politique.

En matière politique en effet la femme française ne joue aucun rôle ; cette exclusion qui place la France derrière des nations qui considéraient il y a cinquante ans la femme comme une esclave, est d'autant plus grave qu'elle contribue au maintien de l'inégalité civile ; il est certain que le jour où les femmes

auront des représentantes au sien des assemblées parlementaires, elles ne tarderont pas à obtenir la réforme du Code civil qui constitue, à notre avis, le plus beau monument de l'égoïsme masculin.

Comme nous le verrons, en étudiant le mouvement législatif, la condition de la femme, abstraction faite du point de vue politique, ne demeure plus sensiblement inférieure, mais la femme mariée demeure, elle, « incapable » ; cependant cette incapacité, atténuée par certaines lois, tend à disparaître en fait.

« L'individualité de la femme mariée n'a pas cessé de se développer dans les mœurs bien que le Code civil ait gardé intacte la conception ancienne de l'autorité maritale et de l'incapacité de l'épouse ou plutôt, bien qu'il ait conservé en les fusionnant, l'idée coutumière de puissance maritale et l'idée romaine de l'infériorité de la femme, et bien qu'il ait adopté comme régime matrimonial de droit commun, la communauté coutumière, régime qui fait participer éventuellement la femme aux résultats de la gestion du mari, mais qui ne l'associe point elle-même à l'administration des patrimoines rapprochés » (1).

Ce développement est d'autant plus intéressant qu'il s'est fait malgré la loi ; la femme a voulu faire bénéficier la gestion du patrimoine commun de l'expérience qu'elle avait pu acquérir dans l'exercice des

(6) LEREBOURG-PIGEONNIÈRE. — Le Code civil et la famille. Livre du Centenaire du code civil.

diverses professions qui se sont ouvertes à elle. « Si
« la personnalité individuelle de la femme a pro-
« gressé, comment cela n'aurait-il pas entraîné une
« certaine régression de la prédominance du mari au
« profit, d'une collaboration, d'un partage d'autorité
« entre le mari et la femme ? Cette fois c'est seule-
« ment dans les mœurs que le rôle de la femme au
« regard du patrimoine commun s'est accru. L'or-
« ganisation de la loi civile ne correspond plus à la
« réalité parce que la réalité est en majeure partie
« indépendante de l'organisation du Droit civil. La
« loi n'est appelée à intervenir qu'en cas de conflit,
« suivant le caractère qu'ont fait à chacun son pro-
« pre tempérament et aussi les mœurs de l'époque.

« Il faudrait montrer la femme caissière des
« fonds courants, intervenant dans le placement des
« économies faites par elle sur les dépenses journa-
« lières, à ce point qu'elle obtient de la loi la consé-
« cration du droit d'épargne.

« Il faudrait montrer le mari et la femme fai-
« sant servir la communauté, grâce à la complicité
« de la jurisprudence ou de la loi nouvelle, à la dé-
« fense de certains intérêts propres, s'assurant con-
« tre le prédécès de l'un d'eux en faisant des verse-
« ments à la Caisse des Retraites.

« Il faudrait montrer la femme s'immisçant
« même dans le patrimoine du mari, utilisant à cet
« effet l'hypothèque légale, que le Code civil lui avait
« accordée dans un tout autre but. Curieuse interven-
« tion que celle-ci qui amène la femme consciente
« d'avoir acquis, par le développement de son indi-

« vidualité, le droit de collaborer avec le mari, à se
« servir pour réaliser ses prétentions à une associa-
« tion affective, de l'institution qui, dans le Code
« civil, consacrait son infériorité et son éloignement
« de l'administration de la fortune du ménage. La
« jurisprudence a eu la meilleure part dans la trans-
« formation du régime de communauté, régime
« d'unité d'administration, en un régime de collabo-
« ration et de gestion commune » (7).

Cependant l'idée de collaboration intéressée, si conforme au but du mariage, ne paraît plus être l'idéal comme fondement du régime matrimonial ; certains préconisent l'adoption comme régime légal d'un type séparatiste, assurant aux deux époux un maximum d'indépendance.

Nous ne pensons pas qu'il faille souhaiter une réforme dans ce sens, car nous considérons la séparation de biens absolue comme un régime en opposition avec le but même du mariage, union des personnes, qui doit entraîner dans une certaine mesure, une union correspondante des biens.

La simplification qui résulterait dans la période de l'instance en divorce ou en séparation de corps, de l'adoption d'un tel régime ne nous paraît pas une raison suffisante en faveur de son établissement.

(7) P. LEREBOURG-PIGEONNIÈRE. — Le Code civil et la famille précité.

SECTION III. — *Insuffisance
du mouvement législatif d'adaptation*

Le législateur n'est certes pas demeuré indifférent en présence de pareilles transformations, mais son œuvre n'a consisté qu'en des réformes fragmentaires et les principes généraux sont demeurés intangibles.

En premier lieu toute une législation a été consacrée aux formes nouvelles de richesses mobilières, propriété industrielle et commerciale, propriété littéraire et artistique ; certaines lois sont venues diminuer pour les valeurs mobilières les inconvénients qui résultent pour celles-ci de l'article 2279 du Code civil ; les fonds de commerce, réalités de fait, apparaissent pour la première fois dans une disposition fiscale du 28 février 1872 ; puis deux lois du 1^{er} avril 1898 et du 17 mars 1909 réglementent certaines opérations les concernant.

Le rôle grandissant de la femme a amené le législateur à lui ouvrir certaines professions ou à lui accorder certains droits touchant à la profession comme l'électorat et l'éligibilité aux conseils de prud'hommes.

En matière civile, la femme mariée voit consacrer législativement certains droits constituant cependant des atteintes aux prérogatives maritales ; droit d'épargne et de prévoyance (loi 9 avril 1881. — Loi du 20 juillet 1886. — Loi du 1^{er} avril 1898 (art. 3 § 2) ; la loi du 12 juillet 1909 sur le bien de famille insai-

sissable interdit l'aliénation par le mari, sans le consentement de la femme (art. 11) ; une loi du 28 décembre 1922 (art. 26) dispense de l'autorisation maritale la femme titulaire d'une pension servi par l'Etat, un département, une commune ou un établissement public.

Enfin la grande loi du 13 juillet 1907, relative au libre salaire de la femme mariée et à la contribution des époux aux charges du ménage, est la consécration d'une transformation des mœurs, qu'il était impossible au législateur d'ignorer plus longtemps.

Mais si la prédominance du mari « chef de la communauté » et l'incapacité de la femme ne se font pas trop sentir en période d'entente, ces principes jouent d'une manière trop rigoureuse en cas de désaccord, où chacun exige la plénitude des droits qui lui sont reconnus par la loi ; un mari peut alors vendre un fonds commun, géré par les deux époux ou même par sa femme seule, comme un meuble meublant de faible valeur ; la femme ne pourra faire annuler cette vente, si elle n'est pas en état de prouver la fraude commise.

La jurisprudence que nous allons maintenant étudier et apprécier, a fait un effort considérable d'adaptation ; si certaines de ses solutions nous paraissent timides, n'oublions pas qu'elle n'aurait pu en fournir d'autres qu'en faisant une œuvre absolument prétorienne, c'est-à-dire en passant outre aux prescriptions formelles de la loi.

CHAPITRE II

LA JURISPRUDENCE RELATIVE AUX MESURES PROVISOIRES

L'assignation à la femme d'une résidence séparée, la remise qui lui est faite à cette occasion de ses effets personnels, l'attribution de la garde des enfants, la pension alimentaire et la provision *ad litem* constituent l'ensemble des mesures à prendre au début de l'instance. Toutes ces mesures sont étroitement liées: c'est ainsi que l'existence de la pension alimentaire dépend de l'assignation de résidence faite à la femme; sa quotité est variable, suivant l'attribution qui est faite de la garde des enfants. Nous nous limiterons ici à l'étude des questions d'ordre pécuniaire ou d'une manière plus générale d'ordre patrimonial.

C'est pourquoi nous étudierons dans trois sections différentes la remise à la femme de ses effets personnels, la pension alimentaire et la provision *ad litem*.

Dans la période antérieure à 1884 certaines difficultés étaient nées de la coexistence de textes pas

toujours concordants quant aux autorités désignées pour prendre les mesures et quant à l'étendue des pouvoirs qui leur étaient reconnus : on se demandait en effet si les articles 267 et suivants du Code civil, abrogés par la loi de 1816, pouvaient être appliqués à la séparation de corps, malgré l'existence des articles 875 et s. du Code de procédure spécialement prévus pour cette matière.

SECTION I. — *Remise à la femme
de ses effets personnels*

Nous connaissons déjà les textes qui prévoient cette mesure qui n'est pas de nature à soulever des difficultés considérables (art. 878 C. proc. — art. 238 C. civ.); l'époux à qui est assigné une résidence séparée, c'est le plus souvent la femme, ne doit pas être privé des objets nécessaires à la vie quotidienne, afin que ne soit pas brusquement bouleversé son train ordinaire de vie.

Le principe est très simple et ne peut soulever aucune controverse d'autant plus que la mesure est expressément prévue par les textes, en admettant même qu'on ait pu avoir des doutes sur la possibilité d'ordonner cette remise, entre 1884 et 1886, sous prétexte que les articles 265 et s. ne la prévoyaient pas expressément.

Déterminer exactement ce qu'il faut entendre par la désignation « d'effets personnels », connaître les procédés d'exécution dont l'époux bénéficiaire de

la mesure pourra user pour vaincre la mauvaise volonté de son conjoint, telles sont les deux questions importantes que soulève l'étude de cette mesure.

Les effets personnels comportent évidemment, les objets d'utilité immédiate qui permettront à la femme et aux enfants dont elle peut avoir la garde de vivre dans sa résidence séparée dans des conditions matérielles sensiblement analogues à celles dont elle pouvait jouir au sein de son ménage, linge, vêtements, livres, instruments personnels de travail ; le juge doit jouir d'un large pouvoir d'appréciation pour déterminer les objets que la femme va être autorisée à emporter dans sa nouvelle maison ; c'est un critérium d'utilité et même parfois de nécessité, qui va guider le juge dans son choix, et nous trouvons une application de cette idée dans un arrêt de la cour de Bruxelles (1) qui a refusé à la femme la remise qu'elle sollicitait, de toilettes de cérémonie et d'apparat.

Si la femme a besoin de mobilier elle peut être autorisée à emporter une partie du mobilier commun ; c'est une solution plus pratique et plus économique, qui évite d'allouer un supplément de pension alimentaire destiné à l'achat du mobilier (2).

Il suffit donc de retenir que la détermination des effets personnels reste à l'entière appréciation du juge de fait.

Quels vont être les moyens d'amener à l'exécution de cette décision un mari récalcitrant ? Selon les

(1) Bruxelles, 26 Juin 1849 (Pasic. 1850 p. 289).

(2) Cass. 15 février 1859 D.P. 59.I.201.

auteurs, la décision qui ordonne la remise est susceptible d'exécution suivant le droit commun, et l'huissier chargé d'en poursuivre la délivrance pourra au besoin se faire assister de la force publique : cette solution peut paraître indispensable pour vaincre une résistance coupable, mais elle présente des inconvénients certains : l'intervention de la force publique dans les rapports entre époux, même quand ceux-ci sont déjà désunis, doit être évitée à tout prix et à notre avis une généralisation du système prétorien des astreintes serait souhaitable en présence de pareilles difficultés ; l'astreinte possède un pouvoir très efficace de coercition dépouillée du caractère brutal et choquant que présente inévitablement toute intervention de la force publique.

Dans le cas où le mari a réussi à faire disparaître ou à dissimuler les effets dont la remise a été ordonnée, la femme peut assigner le mari pour obtenir le paiement de la valeur et, au besoin, des dommages intérêts ; le jugement l'autorise alors à saisir les biens du mari mais avant la suppression de la contrainte par corps, elle ne pouvait user de cette voie d'exécution particulièrement efficace mais un peu violente qui était interdite à la femme contre le mari (3).

Nous voyons ainsi combien il est possible au mari de retarder la remise des effets, qui est cependant une mesure de toute première nécessité ; nous pensons que l'établissement d'un système d'astreintes, combiné avec une intervention largement justifiée et

(3) Loi du 17 Avril 1832, art. 19.

déjà admise en jurisprudence de la juridiction des référés, permettrait d'obtenir avec une plus grande facilité, un résultat plus satisfaisant quant à la rapidité.

SECTION II. — *La Pension alimentaire*

Il ne suffit pas d'assigner à la femme une résidence séparée avec l'autorisation d'emporter certains objets personnels ; il faut encore lui assurer les moyens d'existence et des ressources pour parer aux frais du procès : c'est à cette double préoccupation que répondait la pension alimentaire que nous allons étudier dans cette section et la « provision *ad litem* » à laquelle nous consacrerons la section suivante.

Nous ne reviendrons pas sur le fondement de cette pension alimentaire, résultant du maintien pendant l'instance du devoir d'assistance réciproque entre époux (art. 212 C. civ.) ; ce fondement a servi à la jurisprudence à déterminer logiquement celui qui à la liquidation supporterait la charge définitive des versements effectués ; le fondement juridique assigné à la pension versée pendant l'instance a pour conséquence le caractère alimentaire, caractère qui va nous permettre de distinguer cette pension d'autres versements désignés également par le vocable de « pension alimentaire » mais dont le fondement et les caractères sont différents ; c'est ainsi que la pension qui peut être allouée par le jugement aux termes de l'article 301 du Code civil a un caractère indemni-

taire ou plus exactement, comme on (1) l'a très bien précisé dans une thèse récente, un caractère d'« indemnité alimentaire », notion nouvelle qui a justifié une jurisprudence, qui appliquait à ces versements les règles spéciales aux versements alimentaires.

Nous devons signaler qu'au moyen de cette pension de l'article 301 il est possible de rembourser, à celui des époux qui l'obtient, les dépenses alimentaires faites pendant l'instance, et cette solution est d'autant plus remarquable qu'elle va à l'encontre du principe que les allocations alimentaires ne sont pas destinées à couvrir les dettes du passé ; pour arriver à ce résultat, il suffit d'accorder une pension partant du jour de la demande jusqu'au jour de la liquidation (5).

Si nous faisons abstraction de cette exception, justifiée par les circonstances de la cause, nous voyons que le caractère alimentaire de la pension, qui n'est qu'un mode d'exécution du devoir d'assistance entre époux, a permis à la jurisprudence de se référer aux règles générales, pour la plupart d'ailleurs d'origine jurisprudentielle, de l'obligation alimentaire et plus spécialement de cette obligation entre époux.

Avant d'aborder l'étude même de la pension alimentaire, quant à ses conditions d'attribution, ses formes d'allocation et ses modes de recouvrement,

(4) Mirat — L'obligation alimentaire entre époux en cas de divorce (art. 301 Code civil).

(5) Cass. 15 Décembre 1909, S. 1912.I.313, note de Loynes.

son attribution définitive à la liquidation, quant aux sûretés et sanctions pénales qui l'accompagnent, il est nécessaire de préciser dans un § 1 certaines questions de compétence c'est-à-dire de déterminer les autorités qualifiées pour l'ordonner et les voies de recours dont leurs décisions sont susceptibles.

§ I. — *Compétence.*

Aux termes des articles 268 ancien du Code civil et 878 du Code de procédure civile, le tribunal était seul compétent pour ordonner l'allocation d'une pension alimentaire.

Devant le silence à cet égard de l'article 306, on s'était demandé s'il y avait lieu à pension alimentaire pendant l'instance en séparation de corps ; la solution logique s'était imposée (6) avant même que l'article 878 du Code de procédure civile vienne déclarer « les demandes en provision seront portées à l'audience » confirmant ainsi la compétence exclusive du Tribunal.

On a tout de suite trouvé cette solution trop absolue : elle forçait les parties à saisir le tribunal, pour obtenir une pension alimentaire, alors que la séparation de résidence pouvait être ordonnée dès l'ordonnance de non conciliation (art. 878 C. proc. civ.).

La loi de 1886 a en partie supprimé ces inconvénients sans les faire disparaître complètement : en

(6) Aix 29 frimaire an XIII affaire Anic J.G. Dalloz V° Séparation de corps, n° 147.

effet, dès la première ordonnance contenant permis de citer, le juge peut accorder la séparation de résidence, mais c'est seulement dans la seconde ordonnance, dite de non-conciliation, qu'il peut statuer sur la demande d'aliments ; mais l'intervalle qui sépare ces deux décisions est très court et il y aura toujours possibilité, en cas d'urgence, de recourir à la juridiction des référés, question sur laquelle nous reviendrons un peu plus loin.

A partir du moment où le Tribunal est saisi, il devient compétent pour compléter ou modifier les mesures provisoires ordonnées, comme le sera plus tard la Cour si elle est saisie en appel de la demande principale : la jurisprudence est parvenue en effet, après quelques hésitations, à concilier cette compétence du Tribunal et de la Cour avec l'appel possible contre l'ordonnance du juge de conciliation (7).

La possibilité d'un appel contre la décision du juge conciliateur a été longtemps discutée, et l'art. 238, al. 3, (C. civ.), ne semble pas avoir fait disparaître cette controverse.

Nous nous rallions sur ce point, à l'opinion formulée par M. Rouast (8) qui considère l'ordonnance comme susceptible ou non d'une voie de recours, suivant qu'elle se rattache à la juridiction contentieuse ou à la juridiction gracieuse : en ce qui concerne les mesures provisoires elle a certainement un

(7) Cass. 29 juin 1892 D.P. 92.1.553.

Rapport de M. le Conseiller Faure-Biguet.

(8) Traité pratique du Droit Civil français T. II la famille n° 553.

caractère contentieux qui entraînera la possibilité d'un appel dans les délais de l'article 809 (C. proc. civ.) (art. 238-3^e alinéa); c'est d'ailleurs d'après l'opinion dominante (9) la seule voie de recours qu'il soit possible d'envisager contre l'ordonnance de non-conciliation, qui n'est pas susceptible d'opposition, même quand elle est rendue par défaut; cette opinion est combattue par certains auteurs (10) qui voient leur système admis^e par la jurisprudence belge (11).

L'ordonnance est exécutoire par provision notwithstanding tout pourvoi en cassation, qu'il est impossible de considérer comme suspensif (art. 248 *in fine*) sans aller à l'encontre du but que l'on poursuit en ordonnant ces mesures (12).

De droit commun, il existe pour les plaideurs une procédure spécialement réservée aux cas d'urgence : le référé, utilisable même quand parallèlement est intentée une action principale; mais on peut se demander si, en matière de divorce, où la question de procédure est si intimement liée à la question de fond que le législateur a cru devoir insérer dans le Code Civil des règles spéciales de procédure, il est possible d'utiliser cette juridiction spécialement réservée à l'ordonnance des mesures urgentes.

(9) Carpentier II n° 72 — Divorce et séparation de corps n° 1590. Vraye et Gode I n° 245.

(10) Depeiges n° 74.

(11) Bruxelles 5 mars 1913. Pand per n° 582 Gand 25 juillet 1916. Paris 1917.II.311.

(12) Planiol — Traité élémentaire n° 1219 — opinion contraire.

Les principes généraux permettant de reconnaître s'il y a lieu ou non à référé, se trouvent formulés dans un arrêt de la Cour de Cassation (13) qui déclare qu'il suffit, d'une part que des constatations expresses du juge des référés; constatations qui échappent au contrôle de la Cour de Cassation, il résulte qu'il y a urgence, et que d'autre part les mesures ordonnées ne fassent pas préjudice au principal; mais il importe peu que les parties soient déjà engagées dans un litige devant les juges du fond:

L'instance principale en séparation de corps ou en divorce ne peut donc faire obstacle à la compétence du juge des référés toutes les fois qu'il sera urgent de modifier ou de compléter les mesures prises par le juge conciliateur ou même par le Tribunal : application a été faite de ce principe à la garde des enfants pendant l'instance en séparation de corps (14).

La loi de 1886 qui, sur bien des points, n'a rien innové, mais s'est contenté de donner une consécration législative aux interprétations jurisprudentielles antérieures, a voulu confirmer cette compétence du juge des référés, mais par une maladresse regrettable de rédaction, elle a semblé réserver cette compétence aux mesures concernant la résidence de la femme (art. 238-5° alinéa *in fine*).

Cette rédaction défectueuse a donné naissance à

(13) Civ. 4 mai 1910, D.P. 1910.I.385.

(14) Req. 15 juillet 1879 D.P. 81.I.209.

une interprétation restrictive strictement attachée aux termes de la loi (15).

Mais la jurisprudence n'a pas tardé à abandonner cette tendance pour en revenir au principe général consacré avant 1886 et que le législateur avait voulu confirmer. L'argument « *a contrario* » tiré de l'alinéa 5 de l'article 238 du C. civ. n'était pas en effet déterminant, puisqu'il aboutissait à une dérogation au droit commun; le procédé employé par le législateur est l'application à un cas particulier d'un principe général, procédé évidemment détestable, mais devant l'utilité pratique qu'il y avait à donner cette solution abandonnant le critérium et « urgence exceptionnelle » que l'on trouve dans un arrêt de la Chambre des requêtes (16) la jurisprudence a admis dans tous les cas d'urgence, la compétence du juge des référés (17).

Cette compétence du juge des référés se comprend d'autant mieux qu'elle constitue une prolongation des pouvoirs du président conciliateur, dans le cadre d'une autre juridiction, parallèlement à la compétence du Tribunal plus difficilement accessible et moins capable de résoudre rapidement un conflit aigu.

(15) Paris, 10 Août 1887. D.P. 88.II.242. — Paris 10 Janvier 1889. D. 90.I. 333. — Bordaëux, 3 Juin 1892 D.P. 92.II. 524.

(16) Req. 27 Octobre 1903, D. P. 03.I.574. — S. 1904.I. 337. note Tissier.

(17) Cass. Req. 8 Mars 1916. D.P. 1916.I.73 relatif à une pension alimentaire.

§ 2. — *Conditions d'attribution.*

L'étude des conditions d'attribution de la pension va nous amener à examiner les éléments qui entrent en jeu dans la fixation de cette pension, mais au préalable nous dirons qui peut en être créancier ; nous fixerons enfin la durée de cette mesure en précisant son point de départ et d'arrivée.

Dans la majorité des cas, la femme sera créancière de la pension, parce que le régime matrimonial aura laissé à la disposition du mari les revenus des propres de sa femme ; la loi ne précise pas par qui sont introduites les demandes d'aliments ; ici encore la loi de 1886 a confirmé les solutions données antérieurement par la jurisprudence ; malgré les termes des articles 268 et 269 qui paraissaient ne prévoir l'allocation d'une pension alimentaire qu'en faveur de la femme, les tribunaux n'hésitaient pas à reconnaître, au mari dans le besoin, le droit de réclamer des aliments à sa femme munie de ressources, et ces solutions s'accordent parfaitement avec le fondement assigné par la doctrine à la pension, exécution d'un devoir de secours réciproque : c'est précisément au nom de l'article 212 (C. civ.) que les décisions auxquelles nous faisons allusion accordent au mari une pension alimentaire (18).

Une conséquence importante découle de ce ca-

(18) Lyon, 10 mars 1841, S. 41.II.355. — Orléans, 13 Mars 1845, D.P. 45.IV.474. — Paris, 4 Août 1871, D.P. 73.II.21. — Rouen, 13 novembre 1878, S. 79.II.80. — D.P. 80.II.190.

ractère alimentaire : l'époux qui obtient la pension, l'obtient quels que soient ses torts envers l'autre, car il s'agit de donner des ressources à l'époux dans le besoin et non de réparer une faute.

Au cours de notre examen des questions de compétence nous avons montré que la cessation de la vie commune entraînait l'exécution du devoir de secours sous la forme anormale d'une pension ; cette assignation par le juge d'une résidence séparée va-t-elle constituer une condition préalable à l'allocation d'une pension alimentaire ? Cette opinion, tirée de l'article 268 ancien du Code civil et soutenue par certains auteurs (19), ne trouve plus aucun argument dans la nouvelle rédaction ; elle doit être écartée comme elle l'est par la jurisprudence belge (20) qui, bien qu'elle applique les textes du Code Napoléon, estime qu'il y a des cas où la femme, tout en restant au domicile conjugal, peut avoir besoin d'une pension alimentaire.

La loi de 1907 nous fournit un autre exemple d'allocation d'une certaine somme à celui des époux qui en a besoin, sans exiger la séparation de résidence.

Si nous abordons maintenant l'étude des éléments qui doivent être pris en considération pour la détermination de la quotité, nous trouvons une application de la règle générale de l'article 208 (C. civ.)

(19) Carpentier. Traité du divorce n° 238. Depeiges N° 71.

(20) Bruxelles 4 Mars 1896. Pas. 1896.III.258.

« Les aliments ne sont accordés que dans la proportion du besoin de celui qui les réclame et de la fortune de celui qui les doit ».

Cette double base de fixation entraîne un caractère de variabilité, qui existait déjà du fait que la pension alimentaire constituait une mesure provisoire mais qui se précise en ce que les variations, dont il faut faire la preuve pour obtenir une pension nouvelle, doivent affecter un des deux éléments : besoins du créancier, ressources du débiteur.

Tel est le principe qui va être appliqué pendant l'instance, sans qu'aucune limitation à une certaine quotité des revenus du débiteur (21) soit prévue.

Le juge aura donc à apprécier souverainement les besoins de l'époux demandeur et les facultés du débiteur, variables suivant la position sociale et les dépenses auxquelles les époux étaient habitués par leur train de maison (22) ; nous ne partageons pas l'avis des auteurs qui paraissent vouloir limiter au minimum indispensable à l'existence l'allocation versée à la femme et nous pensons au contraire que le premier devoir du juge est de chercher à maintenir pendant toute la durée de l'instance l'égalité entre le mari et la femme ; un arrêt récent de la Cour de Paris (23) paraît manifester cette tendance dans ses motifs, mais si on considère que dans l'es-

(21) cf. art. 301 C. civ. pour la pension allouée après jugement.

(22) Req. 2 Juillet 1919. S. 1920.I.75.

(23) Paris, 25 Avril 1929, G.P. 1929.II.232.

pèce il avait été accordé à la femme une pension de 144.000 francs par an, alors qu'elle en demandait 600.000, on comprend les restrictions de la Cour.

La pension doit permettre au créancier de se procurer les « aliments », au sens juridique de ce mot, c'est-à-dire en plus de la nourriture, le vêtement et le logement. A côté des besoins personnels du débiteur, il faudra considérer ses charges de famille même si elles sont constituées par les enfants nés d'un précédent mariage : celui qui sollicite une pension peut avoir des ressources provenant de biens personnels ou de son travail ; il doit évidemment en être tenu compte. Mais un époux qui a des parents en mesure de lui procurer des aliments, est fondé à s'adresser d'abord à son conjoint, l'obligation alimentaire dont peuvent être tenus les parents n'ayant qu'un caractère subsidiaire.

Sur cette question du caractère simultané ou successif de l'obligation alimentaire, nous devons d'ailleurs signaler que si la doctrine est divisée, tous les auteurs paraissent s'accorder à considérer le conjoint comme tenu en première ligne de cette dette (24) ; cependant la Cour de Cassation a, dans un arrêt récent (25), décidé qu'il n'y avait pas de distinction à faire au point de vue de l'obligation alimentaire à

(24) Aubry et Rau, 5^e éd., tome 9, § 553, p.159.

Baudry Lacantinerie et Houques Fourcade, 3^e éd., t. 3, note 12, n° 2045. — Planiol et Ripert, *Traité pratique de Droit Civil français. La famille*, par Rouast, t.2, p. 29, note 37.

(25) Cass. Civ., 2 Janvier 1929, S. 1929.I.185, note de M. Audinet.

l'égard les ascendants entre les enfants et les gendres et les belles-filles ; nous ne pensons pas qu'elle ait voulu poser dans cet arrêt un principe général, et en tout cas la situation du conjoint diffère suffisamment de celle des autres débiteurs pour que soit maintenue sa situation exceptionnelle.

La question s'est posée devant les tribunaux belges de savoir si le créancier, en l'espèce le mari pouvait invoquer l'existence de certaines ressources pour refuser la pension : sa femme en instance de divorce recevait des subsides d'un tiers ; c'était peut-être un grief nouveau qu'il pouvait faire valoir à l'appui de sa demande, ou qui pouvait justifier de sa part une demande reconventionnelle, mais l'existence de ces ressources ne pouvait constituer une fin de non recevoir à la demande car il incombait au mari de pourvoir lui-même à l'entretien de son épouse sans qu'il puisse soutenir que les besoins de sa femme étaient moins grands parce qu'un autre avait pris sa place.

Dans l'évaluation des ressources du débiteur on doit faire entrer les revenus personnels du mari mais aussi les revenus des biens de sa femme dont il a la disposition, d'autant plus que, nous le verrons, dans les cas où ces revenus existent, la pension versée par le mari ne constitue parfois qu'une simple avance.

L'inventaire effectué au début de l'instance pourra fournir au juge les renseignements dont il a besoin, pour apprécier les ressources des époux.

Est-il possible de prendre en considération pour la fixation de la pension alimentaire, non seulement

les revenus du débiteur, mais aussi l'importance en capital de sa fortune; la jurisprudence belge (26) paraît vouloir statuer dans ce dernier sens; mais s'il est possible de tenir compte du capital pour apprécier les revenus, il faut à notre avis appliquer très strictement le principe général en matière d'obligation alimentaire qui veut que les aliments constituent une charge exclusive des revenus ou plus exactement des ressources périodiques du débiteur; en effet, seules les ressources périodiques sont susceptibles d'être évaluées rapidement par un juge qui doit statuer *de plano* sans avoir la possibilité de procéder à des recherches approfondies, en raison du caractère urgent de la décision.

Enfin, il est des cas où, indépendamment de la pension alimentaire proprement dite, des avances en capital peuvent être nécessaires; il est inadmissible que la femme soit forcée de contracter des emprunts alors que la communauté possède de l'argent liquide; cette question ne paraît pas avoir été soulevée en jurisprudence et il serait à craindre qu'une pareille demande se heurte à un refus formulé au nom des pouvoirs du mari et du silence des textes.

Signalons en terminant que l'état de déconfiture ou de faillite du mari ne constitue pas forcément un obstacle au paiement d'une pension, surtout si le **jugement déclaratif** est postérieur à celui qui statue sur la demande de provision, sauf à en réduire la quotité, s'il y a lieu, en raison des circonstances;

(26) Bruxelles 17 Février 1891, Pand per, n° 1548.

l'état de faillite entraîné par la cessation des paiements ne comporte pas nécessairement l'absence de ressources, l'appréciation du juge reste libre.

La pension doit durer tout le temps qu'elle est nécessaire, c'est-à-dire jusqu'au jugement qui rejette la demande ou prononce le divorce ou la séparation de corps ; elle peut dans certains cas se prolonger même au delà jusqu'à la liquidation (27), mais elle ne peut plus être due en vertu de l'article 212 C. civ. puisque le lien matrimonial a disparu, tout au moins en cas de divorce ; c'est une simple avance faite par le mari à sa femme, un prêt remboursable ou imputable sur les revenus attribués à la femme et même cas d'insuffisance sur le capital. La pension est due à partir du moment où elle est ordonnée, soit par le juge, soit par le tribunal, sans qu'il soit possible de l'accorder à titre rétroactif à partir du moment où les besoins ont pris naissance, car les aliments ne sont pas destinés à couvrir les frais déjà faits ; nous allons voir qu'en maintenant à la femme qui ne touche pas de pension son mandat tacite, la jurisprudence parvient pratiquement au même résultat.

§ 3. — *Formes d'allocation de la pension alimentaire* *Ses modes de recouvrement*

D'une manière générale, le débiteur d'une obli-

(27) Ceci est d'autant plus nécessaire que le mari a souvent la tentation de faire traîner en longueur les opérations de liquidation, v. Cass. Req., 16 Février 1903, S. 1903.I.176.

gation alimentaire s'acquittera par des versements périodiques de sommes d'argent : c'est seulement dans certains cas exceptionnels que le créancier pourra s'acquitter en fournissant à son débiteur le vivre et le couvert (28). Mais précisément pendant l'instance, la pension alimentaire constitue une forme exceptionnelle d'exécution d'un devoir de secours qui doit normalement se traduire par la vie en commun. La grande difficulté est d'obtenir la régularité des versements : la pension est garantie par des sûretés mais l'utilisation de ces sûretés comporte l'emploi de voies d'exécution qui risquent d'envenimer encore plus les rapports entre époux et de porter atteinte au crédit d'un commerçant ou d'un industriel ; de plus l'obligation de recourir aux voies d'exécution lors de chaque versement est très rigoureuse, si on considère le caractère alimentaire des besoins que les sommes allouées sont destinées à satisfaire. C'est pourquoi les tribunaux n'ont pas hésité à profiter du silence des textes pour imaginer des modalités qui remplacent utilement le versement régulier de la pension.

D'autre part, la loi et la jurisprudence de ces dernières années ont reconnu de plus en plus à la femme des droits de collaborer à l'administration du ménage. Dans quelle mesure la femme va-t-elle pouvoir utiliser ces droits pendant l'instance à la satis-

(28) Code civil, art. 211, Aubry et Rau, 5^e édition, Tome IX, § 553, note 36.

faction de ses besoins alimentaires? C'est ce que nous rechercherons en examinant :

1° La subsistance du mandat tacite au profit de la femme pendant la durée de l'instance ;

2° La question de savoir si la femme peut user pendant l'instance des droits que lui reconnaît la loi du 13 juillet 1907.

A. — Les tribunaux ont imaginé diverses modalités qu'un auteur (29) a qualifiées avec assez d'à-propos les succédanés de la pension alimentaire ; ils ont considéré que la consistance particulière que présentaient dans certains cas les biens des époux permettait d'assurer à la femme le service régulier de sa pension, en réalisant parfois une économie.

A cet effet, ils n'ont pas hésité à dépouiller le mari des pouvoirs que le régime matrimonial pouvait lui reconnaître sur des biens propres à la femme ; nous verrons, en examinant l'administration des biens pendant l'instance, qu'ils sont plus prudents en ce qui concerne les biens communs.

La pension alimentaire doit comprendre une somme suffisante pour permettre à la femme de payer les loyers de sa résidence séparée ; mais il sera plus avantageux de l'autoriser à résider à l'exclusion

(29) Voir Lenoir. Les mesures provisoires et conservatoires relatives aux biens des époux dans l'instance en divorce, Thèse, Paris 1921.

du mari dans une villa précédemment habitée par les époux et qui est sa propriété personnelle (30).

Une décision (31), que nous considérons comme plus hardie, décide qu'en cas de refus ou de mauvais vouloir du mari à assurer à la femme la résidence convenable à laquelle elle a droit pendant l'instance, les tribunaux peuvent charger un mandataire de justice de faire, au compte du mari, jusqu'à concurrence d'une somme arbitrée par eux, les achats d'objets et ustensiles nécessaires à la vie, ainsi que les travaux de nature à rendre habitable le logement de la femme : c'est là non seulement une modalité d'allocation mais bien plutôt une voie d'exécution détournée ; par application directe de l'article 1144 du Code civil, on fait exécuter par un tiers l'obligation, aux dépens du débiteur récalcitrant ; cette décision qui n'hésite pas à porter atteinte aux pouvoirs du mari doit être jointe aux autres décisions que nous retrouverons en étudiant l'administration du patrimoine pendant l'instance, et aux termes desquelles les pouvoirs du mari même sur la communauté cessent d'être intangibles, à partir du moment où, par son impéritie, sa négligence ou sa malveillance, il risque de compromettre gravement les intérêts de sa femme.

C'est une manifestation de cette tendance que nous retrouvons dans un arrêt de la Cour de Paris

(30) Bordeaux, 26 oct. 1924, Rec. Bordeaux, 1924-25.I.97.

(31) Lon, 4 Mars 1920, D.P. 1921.II.52.

(32) qui, sans s'arrêter à l'objection tirée de ce que l'article 1961 (C. civ.) contiendrait une énumération limitative, a décidé qu'on pouvait nommer un séquestre toutes les fois que l'intérêt des parties l'exige, et notamment au cours d'une instance en divorce dans le cas de mauvais vouloir apporté par le mari au service de la pension alimentaire due à la femme. On a objecté que cet arrêt constituait une décision non conforme à la jurisprudence qui veut que la nomination du séquestre soit justifié par la constatation que les biens de la femme ou ceux de la communauté seraient en péril ; mais nous estimons que cette décision établit un procédé particulièrement efficace pour assurer le paiement de la pension alimentaire ; par suite de non versement de la pension, ce ne sont pas les biens qui sont en péril, mais la personne même de la femme : n'est-ce pas aussi grave ? Aucun principe tiré du droit matrimonial ne devrait pouvoir faire échec à la règle qui proclamerait qu'il y a lieu d'ordonner des modes de recouvrement spéciaux « dans tous les cas où les circonstances indiqueraient de la part du débiteur l'intention frauduleuse de se soustraire au paiement de la pension alimentaire » (33).

Le procédé que l'on retrouve le plus souvent consiste à remettre à la femme l'administration de ses biens propres (34), les revenus lui servant ainsi

(32) Paris, 29 Juillet 1919, D.P. 1920.II.74.

(33) Aubry et Rau, 5^e éd., tome IX, § 553, note 35.

(34) Bordeaux, 20 Octobre 1924, Rec. Bordeaux 1924-25.

à assurer son existence, cette mesure est la meilleure garantie qu'il soit possible de donner à la femme de voir assurer son existence pendant l'instance ; elle lui ôte de plus les inquiétudes bien légitimes qu'elle peut éprouver à voir ses biens propres aux mains de son époux, elle s'accorde parfaitement avec les règles suivies à la liquidation pour attribuer à l'un ou à l'autre la charge de la pension.

Enfin, nous savons que les pouvoirs que le mari possède sur les biens propres de sa femme peuvent toujours lui être enlevés par le contrat de mariage ; il n'y a donc rien d'extraordinaire à voir les tribunaux restituer cette administration à la femme. Il ne faudrait pas oublier, cependant, que cette mesure ne peut être vraiment d'une utilisation pratique que dans les cas où la femme possède des biens dont le caractère de propre est indiscutable ; il est impossible, en effet, de procéder, au début d'une instance dont le résultat est encore incertain, à une liquidation, même provisoire, et si la consistance respective des différentes masses de biens n'est pas nette, il faudra en revenir au procédé de la pension.

Cette assignation à la femme de ses revenus propres à titre de pension alimentaire ne résulte pas de la jurisprudence récente ; dès avant 1884, cette solution était admise, puisque la séparation de corps entraînant de plein droit séparation de biens donne lieu également à une liquidation.

Sous réserve de mesures conservatoires destinées à protéger les intérêts de chacun des époux, des arrêts ont accordé à la femme l'autorisation de gérer

un fonds apporté par elle en mariage et dont l'exploitation s'est continuée au domicile conjugal ; ils ont même, dans cette espèce, assigné à la femme les locaux servant à l'habitation commune à titre de résidence séparée (35) ; sous la condition d'un inventaire préalable, une femme demanderesse en séparation de corps s'est vue autorisée à gérer un hôtel meublé établi dans un immeuble de la communauté (36).

D'autres décisions donnent des solutions analogues, un arrêt de Bordeaux (37) doit être signalé parce qu'il met bien en lumière cette idée qui est dominante en matière d'administration des biens pendant l'instance que la mesure doit, pour être valable, être limitée à certains biens.

Il arrive que le soin de gérer le bien affecté au service de la pension alimentaire ne soit pas confié à la femme elle-même, mais à un tiers qui administre et prélève sur les revenus le montant de la pension qu'il remet à la femme : la Cour de Paris (38), dans des circonstances où il y avait tout à craindre de la part du mari, a confié à un tiers, pendant l'instance, des biens provenant de la succession du premier mari de la femme, à charge d'acquitter les dettes et de verser les sommes allouées à titre de provision *ad litem* et alimentaire.

(35) Bordeaux, 27 Mai 1872, D.P. 73.II.84.

(36) Poitiers, 25 février 1878, D.P. 79.II.68.

(37) Bordeaux, 4 février 1897, S. 99.I.134.

(38) Paris, 28 mars 1901, S. 02.II.231.

D'autres arrêts (39) ont reconnu qu'il rentrait dans les pouvoirs du juge conciliateur de faciliter à la femme la perception de sa pension alimentaire, en l'autorisant à toucher les revenus de sa dot et de ses biens propres. Cette jurisprudence doit être approuvée, en premier lieu parce que ses résultats pratiques sont excellents et ensuite parce que l'introduction d'une demande, aussi grave que la demande en divorce, constitue la justification suffisante d'une atteinte apportée, sous le contrôle judiciaire, aux pouvoirs reconnus au mari sous les différents régimes.

B. — Il nous faut étudier maintenant dans quelle mesure la femme peut suppléer au défaut de pension alimentaire.

1° La reconnaissance à la femme d'un mandat tacite est une explication juridique, fournie par la jurisprudence, d'une situation de fait que la loi n'avait pas prévue, ce mandat tacite aux termes duquel la femme est autorisée à faire les achats courants du ménage va-t-il pouvoir être utilisé par la femme en instance de divorce pour suppléer à une pension alimentaire irrégulièrement servie ou pour améliorer ses conditions de vie en faisant des achats que le mari sera tenu de régler ? C'est là une question difficile et controversée parce que l'accord n'existe pas sur le fondement même de ce mandat : question délicate, parce qu'elle met en jeu l'intérêt

(39) Req. 31 mars 1908, D.P. 1908.I.177 ; Req. 14 décembre 1908, D.P. 1909.I.100.

des tiers ; elle n'est pas d'ailleurs spéciale à l'instance en divorce et se pose également en cas de séparation de fait et entre concubins.

Il est d'ailleurs certain que l'intérêt des tiers a été la cause déterminante qui a amené les tribunaux à élaborer cette théorie qui interdit au mari d'invoquer l'incapacité de la femme pour refuser de répondre des dépenses faites par celle-ci dans l'intérêt commun.

Certaines décisions paraissent maintenir le mandat et, par conséquent, autoriser les fournisseurs à poursuivre le mari, dans les cas où aucune pension alimentaire n'est allouée (40) ; d'autres décisions déclarent que la cessation légale de la vie commune met un terme au mandat dont la femme est investie (41) sans même qu'il soit constaté qu'une pension a été allouée (42).

Une décision récente a déclaré que le mari n'était pas tenu des dépenses que sa femme en instance de divorce avait engagées, alors surtout que les tiers qui ont fourni les travaux et marchandises étaient au courant de la situation (43).

Nous ne pensons pas qu'il soit possible, dans la pratique, d'admettre la survivance du mandat tacite pendant l'instance ; les moyens d'existence de la femme doivent être assurés au moyen d'une pension

(40) Tribunal de Versailles, 10 juillet 1873, D.P. 75.II.41.

(41) Paris, 22 novembre 1899, G.P. 1899.I.649.

(42) Trib. Seine, 15 mars 1899.

(43) Tribunal civil de la Seine, 15 octobre 1930, Sem. jur. 1931, p. 17.

alimentaire ordonnée et appréciée préalablement par la justice ; si on admet que, dans les cas où aucune pension alimentaire n'est allouée, la femme pourra procéder aux dépenses nécessaires et faire envoyer les notes à son mari, cette manière de procéder aura l'inconvénient de mettre les tribunaux devant le fait accompli ; car s'ils se réservent un droit de contrôle, ce contrôle s'exercera aux dépens des tiers de bonne foi qui auront effectué les fournitures ; le tribunal de la Seine a jugé, nous l'avons vu, que le mari n'était pas tenu des dépenses engagées par sa femme, surtout quand les tiers sont au courant de la situation : c'est pourquoi il est indispensable de porter à la connaissance des tiers cette grave modification dans la situation des époux.

Dans certains pays, les fonctions exercées en fait par la femme pour la gestion du ménage le sont, non plus au nom d'une théorie jurisprudentielle qui s'adapte plus ou moins bien, mais au nom d'un véritable droit reconnu par la loi, en Allemagne notamment existe le « Schlüsselgewalt » ou pouvoir des clefs, qui est pour la femme à la fois un droit et un devoir, et non plus un reflet des pouvoirs du mari ; le mari a toujours la ressource, en cas d'abus, de demander au Tribunal des Tutelles d'apporter des restrictions ou même de le supprimer, mais ces modifications ne restent pas ignorées des tiers à qui elles sont révélées par l'institution du « registre matrimonial ».

2° Il nous reste maintenant à déterminer dans quelle mesure la femme et même le mari sont en

droit d'user des droits que leur reconnaît la loi du 13 juillet 1907.

On sait que, d'une part, cette loi a réservé à l'administration de la femme les biens résultant du travail de la femme et les économies en provenant, tout en conservant à ses biens leur caractère commun sous le régime de communauté.

La femme conserve évidemment pendant l'instance tous ses droits sur les biens réservés, sauf certaines exceptions que nous examinerons en étudiant l'administration des biens et les mesures conservatoires. L'existence de ces biens réservés peut avoir pour effet de rendre inutile une pension alimentaire ; la femme n'a pas besoin de l'autorisation de la justice pour conserver la gestion de ses biens réservés et c'est au mari qui veut l'en priver de solliciter cette mesure du tribunal.

Mais la loi du 13 juillet 1907 a un double objet que révèle son titre : « ...relative au libre salaire de la femme mariée et à la contribution des époux aux charges du ménage » ; à cet effet, elle a prévu des procédures réciproques de saisies-arrêts des salaires et produits du travail, dans le cas où l'un des époux ne subvient pas spontanément, dans la mesure de ses facultés, aux charges du ménage.

La femme en instance de divorce va-t-elle pouvoir s'adresser au juge de paix conformément aux articles 7 et 8 de la loi de 1907 pour obtenir une pension alimentaire pour elle et ses enfants ou même pour obtenir le paiement de la pension alimentaire ordonnée par le juge, le tribunal ou la Cour ?

Cette question n'est pas sans intérêt, car la procédure prévue par la loi de 1907, si elle n'a qu'une portée limitée, quant aux biens qu'elle peut toucher, est particulièrement efficace puisque, aux termes de l'article 9 de cette loi, la signification du jugement, rendu en conformité de l'article 7 faite au conjoint et aux tiers débiteurs à la requête de l'époux qui en bénéficie, lui vaut attribution des sommes dont la saisie a été autorisée, sans autre procédure ; la faveur ainsi accordée, fondée sur l'affectation spéciale des sommes frappées par la saisie-arrêt, a pour effet de conférer à l'époux créancier une sorte de droit de préférence à l'encontre des autres créanciers, même saisissants de l'époux saisi.

En principe, la procédure du divorce ne constitue pas un obstacle à l'utilisation des saisies-arrêts entre époux, réglementées par la loi de 1907 (44).

Il est nécessaire toutefois d'apporter à ce principe des restrictions et c'est ce qui a été fait par la jurisprudence.

S'il est vrai que le juge de paix, à qui la loi de 1907 a reconnu compétence pour ordonner ces saisies, conserve en principe l'intégralité de ces pouvoirs malgré l'introduction d'une demande en divorce ou en séparation de corps, il n'en sera plus de même toutes les fois que le juge conciliateur ou le tribunal aura statué sur la demande de pension alimentaire ; dans ce cas, le juge de paix ne sera plus compétent pour déterminer la part contributive de l'époux saisi,

(44) Aubry et Rau, 5^e éd., tome VII, § 478, p. 327.

et s'il peut autoriser la saisie-arrêt, c'est seulement dans la mesure de la pension allouée ; c'est ce qui a été admis par une décision de la justice de paix de Saint-Nazaire qui avait cependant autorisé la femme à renoncer au jugement lui accordant une pension alimentaire, mais qui a limité au chiffre de cette même pension alimentaire le montant de la saisie-arrêt (45). Une autre décision (46) déclare qu'à partir de la séparation de résidence, le devoir de secours ne peut s'exercer que sous forme d'une pension alimentaire et ne peut plus être poursuivi au moyen de la saisie-arrêt organisée par la loi du 13 juillet 1907.

On fait remarquer que la fixation de la pension alimentaire est dans une trop étroite corrélation avec l'ensemble des autres mesures provisoires pour qu'on puisse admettre un choix de juridiction au profit des parties. Ces principe est tout à fait juste, mais comme il n'y a pas de raison pour ôter aux époux le bénéfice d'une procédure simple, nous pensons que la solution actuelle serait heureusement modifiée par la suppression de l'intervention du juge de paix pendant l'instance en divorce ; celui-ci ayant perdu le pouvoir d'apprécier la part contributive jusqu'à concurrence de laquelle se fera la saisie, il serait préférable de reconnaître au juge conciliateur, au juge des référés ou au Tribunal, la compétence d'autoriser, par la décision qui alloue la pension, à saisir

(45) Trib. paix, St-Nazaire, 26 juillet 1909, D.P. 1910. II.9. Note de M. Lalou.

(46) Trib. Seine (7^e ch.), 23 juin 1930, Sem. jurid. 1930, p. 1092.

arrêter jusqu'à concurrence de cette somme, les produits du travail et les salaires de son conjoint.

En remarquant que les ressources saisissables prévues par la loi de 1907 sont les plus fréquentes, notre solution aurait l'avantage de supprimer une intervention du juge de paix, procédure accessoire génératrice de lenteurs supplémentaires et sans utilité particulière. De plus, elle maintiendrait un procédé commode de recouvrement, contribuant par là à régler les rapports pécuniaires par une procédure simple.

Dans les cas où la loi de 1907 ne trouve pas son application, le créancier de la pension alimentaire doit utiliser les voies ordinaires d'exécution d'un jugement allouant une somme d'argent, mais cette créance particulièrement digne d'intérêt bénéficie-t-elle de garanties spéciales ? C'est ce que nous allons voir en étudiant les sûretés.

§ 4. — Sûretés

La décision qui alloue la pension alimentaire emporte évidemment hypothèque judiciaire, mais celle-ci ne prend rang qu'à partir de son inscription (art. 2123 Code civil). C'est pour cette raison que la femme créancière d'une pension aurait avantage à invoquer son hypothèque légale, mais en a-t-elle le droit ? La question est controversée en doctrine, elle l'a été en jurisprudence.

On a fait valoir notamment que l'hypothèque légale est affectée à la garantie des créances énumé-

rées par l'article 2135 Code civil pour la conservation et la restitution du patrimoine de la femme (47). Mais l'assimilation est impossible entre l'hypothèque légale de la femme et celle des mineurs et interdits sur les biens de leurs tuteurs, le tuteur n'étant pas, comme le mari, un administrateur aux pouvoirs confinant presque les droits d'un propriétaire. L'absence de réciprocité ne constitue pas davantage une objection, car on la retrouve dans d'autres cas, et cette faveur faite à la femme rentre dans l'esprit de notre droit matrimonial.

Nous pensons donc que l'hypothèque légale garantit, d'une manière absolument générale, toutes les créances que la femme peut avoir en sa qualité d'épouse et qu'au nombre de ses créances, il faut ranger la pension alimentaire (48).

On s'est demandé si cette hypothèque légale prenait rang du jour de l'allocation de la pension ou du jour de la célébration du mariage; sauf les exceptions limitativement prévues par les textes, le rang de l'hypothèque légale de la femme mariée remonte au jour de la célébration du mariage : c'est donc à ce jour qu'elle prendra rang pour la garantie de la pension alimentaire.

Les garanties légales sont très efficaces dans tous les cas où le mari est propriétaire d'immeubles ; elles sont certainement moins sûres pour assurer un

(47) Note Wahl, sous Dijon 16 juin 1893, S. 95.II.25.

(48) Voir Note De Loygues, sous Dijon, 16 juin 1893, D.P. 94.II.25.

versement régulier que les modalités imaginées par la jurisprudence ; dans les cas où le mari ne possède aucun immeuble il est indispensable de recourir, tout au moins dès que se manifeste une mauvaise volonté à effectuer les versements, au dépôt d'un capital ou de valeurs à la Caisse des dépôts et consignations, les revenus de ces valeurs étant affectés au service de la pension.

§ 5. — *Sort de la pension alimentaire
à la liquidation*

La question la plus délicate concernant la pension alimentaire allouée pendant l'instance, consiste à déterminer la mesure exacte dans laquelle les époux vont supporter définitivement la charge des sommes versées à titre de pension. A l'étude déjà faite de l'obligation à la pension succède normalement l'étude de la contribution à la pension ; que le résultat de l'instance soit un divorce ou une séparation de corps les difficultés sont les mêmes puisque, dans les deux cas, il est nécessaire de procéder à une liquidation.

La Jurisprudence, sans l'aide d'aucun texte réglant expressément la question, est parvenue à dégager et à formuler d'une manière très précise les règles à suivre ; sans qu'elle ait modifié ses solutions, elle a apporté des précisions qui ont permis d'arriver au principe tel qu'il est formulé dans un arrêt des Requêtes du 2 mai 1927 (49). Le raisonnement

(49) S. 1928.I.185, note de M. Audinet, D.P. 28.I.44.
V. Cass. 6 juin 1905, D.P. 1906.I.716.

de la jurisprudence est entièrement basé sur le principe de la rétroactivité résultant de l'article 252, combiné avec cet autre principe, que les conséquences du mariage subsistent pendant l'instance ; nous savons que ce principe de rétroactivité se trouve strictement limité à ce qui touche les biens (50) ; en effet, aux termes de l'article 252 (*in fine*), le jugement remonte, quant à ses effets entre époux, en ce qui touche leurs biens, au jour de la demande. Il en résulte que, réserve faite des droits des tiers à l'égard desquels le jugement n'aura d'effets que du jour de la transcription, la liquidation se fera entre époux comme si la dissolution du régime avait eu lieu au jour de la demande.

Des études consacrées aux effets pécuniaires du divorce ou de la séparation de corps ont dégagé les principales conséquences de ce principe, en particulier pour les successions et donations qui peuvent échoir aux époux pendant l'instance ; mais cette rétroactivité a principalement pour effet, sous le régime de la communauté, d'éviter que tombent dans la communauté les revenus propres.

Les solutions fournies par la Jurisprudence découlent uniquement de la combinaison de ces deux principes. Et ceci est tellement vrai qu'en Belgique, où s'appliquent encore les textes anciens du Code Napoléon et où le jugement n'a aucun effet rétroactif, les revenus tombent dans la communauté qui

supporte la pension sans qu'il y ait lieu à rapport ou à imputation.

Toutes les fois que le résultat de la liquidation ne fera apparaître aucun bien au profit de la femme, les sommes allouées constitueront bien une véritable pension alimentaire, exécutoire, versée en exécution du devoir d'assistance qui subsiste entre époux jusqu'à la dissolution du mariage, c'est-à-dire jusqu'à la fin de l'instance. Cette solution sera la même si les biens attribués à la femme sont improductifs, en application de la règle que nous connaissons déjà qui veut que les aliments soient une charge des revenus ; il en résulte que, de même qu'il est possible d'assigner à la femme, à titre alimentaire, les revenus de certains de ses biens, de même le mari sera autorisé à conserver les revenus de la femme correspondant à la période de l'instance et à les compenser avec les versements qu'il a effectués ; ces versements qu'il récupérera ne sont donc pas l'exécution d'un devoir d'assistance et de secours, mais la simple allocation à la femme d'une avance imputable sur ses revenus, l'excédent, s'il y en a un, devant rester définitivement à la charge du mari. Citons dans ce sens un arrêt de la Cour de Paris (51) :

« Considérant ainsi que c'est avec raison que le « tribunal a décidé que le notaire B... n'a très justement compensé avec les sommes dues à titre de « pension alimentaire que les loyers touchés par la « dame de St-M... et les intérêts de ses reprises. »

(51) Paris, 25 Mai 1927, S. 1928.II.4.

Cette solution revient à faire vivre chacun des époux sur les revenus de ses biens, sauf obligation pour celui qui a des ressources de subvenir aux besoins de celui qui n'en a pas ou pas suffisamment. Cette imputation, qui se fait exclusivement sur les revenus a été critiquée (52) en partant d'une règle différente formulée ainsi : « La naissance de l'obligation alimentaire ne dépend pas dans tous les cas et exclusivement de l'insuffisance des revenus dont jouit le créancier éventuel de cette obligation » ; on en tire la conséquence qu'on ne saurait d'office laisser toujours à la charge du mari tout ce qui, dans les sommes qu'il a versées à titre d'aliment pendant l'instance, dépasse les revenus attribués à la femme pendant la même période. En critiquant la précision avec laquelle s'est exprimée la Cour suprême, on réclame un plus large pouvoir d'appréciation pour les tribunaux à qui on voudrait réserver la possibilité d'imputer quelques fois les aliments dont la femme a profité, non seulement sur ses revenus, mais même sur sa part de communauté et ses reprises, en particulier quand sa situation de fortune est meilleure que celle du mari. Bien que nous soyons fermement convaincus de la nécessité d'accorder un large pouvoir d'appréciation aux juges dans toutes ces questions touchant aux mesures provisoires et conservatoires, nous croyons cependant qu'il est préférable de maintenir la solution donnée par la Cour de Cas-

(52) Voir note de M. Audinet sous Cass. Req. 2 mai 1927, précité.

sation, car les revenus sont assez facilement évalués par les juges ; une appréciation du capital serait nécessairement très incertaine.

Signalons enfin que la pension accordée à la femme, aux torts de qui est prononcé le divorce, a un fondement différent, puisqu'elle constitue une avance analogue à celle que peuvent réclamer des cohéritiers dans l'indivision. « Attendu que la Cour
« de Nancy constate, lisons-nous dans un arrêt des
« Requêtes, que la dame de Ch... est actuellement
« sans ressources, que bien que possédant un immeu-
« ble propre pour lequel il lui a été alloué une indem-
« nité de dommages de guerre de 100.000 francs,
« M... se prétendant créancier pour dépenses faites
« sur cet immeuble et pour différentes autres cau-
« ses, a fait opposition entre les mains du Crédit
« National à tout paiement de ce qui lui est dû, que
« le sort de cette opposition est intimement lié aux
« résultats de la liquidation, que la Cour décide qu'il
« y a lieu d'allouer à la dame de Ch... une somme de
« 300 francs par mois à partir de la demande et à
« titre d'avance remboursable sur les revenus de ses
« reprises d'abord, sur sa part de communauté en-
« suite, et au besoin, en cas d'insuffisance, sur le
« capital de ses reprises. »

« Attendu que cette situation, sans nuire aux
« intérêts du mari, se justifie par la situation indi-
« quée dans l'arrêt, qui constate la persistance de
« l'état d'indivision entre les époux jusqu'à la liqui-
« dation de la communauté et le principe au profit

« de la femme d'un droit dont l'importance sera
« déterminée par cette liquidation. » (53)

Le tribunal ne peut donc accorder cette pension que si l'état de ses biens fait prévoir que la femme pourra en assurer le remboursement à son ex-conjoint.

On a essayé d'établir une terminologie distinctive qui fasse ressortir la différence de fondement de ces différents versements à caractère alimentaire (54) en distinguant d'une part les pensions alimentaires qui peuvent être l'exécution d'un devoir de famille ou la réparation d'un préjudice, et d'autre part les provisions alimentaires qui sont de simples avances remboursables. Cette distinction est exacte, mais nous rejetons certaines conséquences trop systématiques qu'on a prétendu en tirer, notamment en ce qui concerne les sanctions pénales applicables au débiteur récalcitrant, question que nous allons aborder pour terminer l'étude de la pension alimentaire.

§ 6. — *Sanction pénale du non-paiement de la pension alimentaire. Délit d'abandon de famille* (Loi du 7 avril 1924).

La création du délit d'abandon de famille est certainement un événement du point de vue juridi-

(53) Cass. Req. 9 Décembre 1925, D.P. 1926.I.149, note de M. Nast.

(54) Lorant. Caractères juridiques de l'obligation alimentaire, thèse, Paris, 1928.

que comme du point de vue social : En présence des conséquences sociales souvent pénibles du non paiement d'une pension alimentaire et de l'inefficacité des sanctions civiles, le coupable de mauvaise foi trouvant toujours le moyen d'échapper à ses obligations pécuniaires, le législateur a employé les grands moyens en frappant ce débiteur de mauvaise foi d'une sanction pénale par la loi du 7 avril 1924, ultérieurement modifiée par une loi du 3 avril 1928. Le coupable du délit d'abandon de famille s'expose, sauf admission des circonstances atténuantes, à un emprisonnement de 3 mois à 1 an ou à une amende de 100 à 2.000 francs et, au cas de récidive, la peine de l'emprisonnement sera toujours prononcée, des peines accessoires, déchéance de la puissance paternelle et privation des droits civiques, peuvent être prononcées.

L'examen en détail des conditions de ce délit déborderait le cadre de notre sujet ; il nous suffit de rappeler qu'est tenu pour coupable de ce délit celui qui est demeuré volontairement plus de 3 mois sans acquitter les termes de la pension ou sans fournir les subsides déterminés par le juge, pour voir que cette sanction est applicable à l'époux débiteur d'une pension alimentaire allouée par ordonnance ou par jugement à son conjoint, pendant l'instance en divorce ou en séparation de corps.

La Cour de Cassation (55) a déclaré conforme à la loi l'application des pénalités afférentes à ce nou-

(55) Crim. 21 février 1925, D.P. 1925.I.144.

veau délit sans qu'il y ait lieu de rechercher si l'abandon fait par le mari à sa femme d'un fonds commun pouvait équivaloir au paiement de la pension ; nous approuvons cette décision, car c'est aux tribunaux qu'il appartient d'affecter les revenus d'un bien à un époux à titre alimentaire, et non à l'époux condamné à payer une pension de prendre cette initiative.

Une décision, en apparence contraire, du Tribunal correctionnel de Corbeil, n'a pas cru devoir déclarer coupable un époux qui ne payait pas la pension alimentaire, mais continuait à nourrir et à loger sa femme au domicile conjugal ; mais, dans ce dernier cas, les prestations fournies avaient de grandes chances d'équivaloir exactement au paiement d'une pension (56).

Précisons enfin que le non versement de la pension allouée à la femme aux torts duquel le divorce est prononcé, mais antérieurement à la liquidation, ne peut constituer le délit d'abandon de famille (57). Cette pension n'est qu'une avance toujours remboursable.

C'est pourquoi nous pensons avec M. Nast que cette nouvelle législation a rendu encore plus impérieuse la nécessité d'indiquer avec précision le motif pour lequel la pension est allouée, car ces pensions vont avoir des sources et des caractères variables

(56) Trib. correct. de Corbeil, 13 Novembre 1929, *Sem. jur.* 1930, p. 316.

(57) Paris, 10 Mars 1926, D.P. 1926.II.97, note de M. Nast.

suivant leur fondement (58) ; l'auteur de la distinction signalée dans le précédent paragraphe (59) déclare avec raison que seul le non paiement d'une « pension », à l'exclusion d'une provision, peut donner lieu à l'application de la loi de 1924 ; mais il ne faut pas pousser à l'extrême les conséquences de la distinction et, dans les cas où seules les opérations de liquidation permettront de préciser le véritable caractère des sommes versées, il serait exagéré de vouloir tirer des conséquences trop rigoureuses du principe posé ; les sanctions pénales doivent jouer dans ce cas, parce que leur application est conforme au but poursuivi par le législateur.

SECTION III. — *La provision « ad litem »*

Pour terminer cette étude des mesures provisoires de caractère pécuniaire, il nous faut donner quelques explications relativement à la « provision *ad litem* ». Ayant le même fondement juridique que la pension alimentaire, elle suit à peu près les mêmes règles et ne s'en distingue que par son affectation spéciale aux frais du procès ; cette nécessité est, dans la période envisagée, une nécessité alimentaire au sens large et juridique de ce mot.

Comme en matière de pension alimentaire la question se pose de savoir qui est compétent pour

(58) Note de M. Nast, sous Req. 9 décembre 1925, D.P. 1926.I.149.

(59) Lorant. Thèse précitée.

l'ordonner ; seul le tribunal paraît pouvoir le faire (60), mais les inconvénients de cette solution sont moindres, l'allocation d'une provision *ad litem* ne présentant pas nécessairement un caractère d'urgence, ce dernier cas justifierait d'ailleurs une intervention du juge des référés ; cependant il conviendra de ne pas trop tarder à solliciter cette mesure par suite de l'application par les tribunaux du principe que la provision n'est pas destinée à couvrir les frais à faire et non les frais déjà faits, même s'ils ne sont pas couverts.

Bien qu'il soit possible de trouver des arrêts dans lesquels des Cours d'appel (61) se sont reconnues le droit d'accorder un supplément de provision destiné à faire face au reliquat des frais exposés devant le tribunal, la solution contraire paraît établie et il est décidé que la provision *ad litem*, accordée pour la première fois en appel, ne couvre pas les frais de première instance (62).

Quant à la provision *ad litem* nécessaire pour couvrir les frais de l'instance devant la Cour de Cassation, puisqu'elle ne peut évidemment être accordée par cette juridiction, elle doit être demandée au tribunal civil qui possède la plénitude de juridiction (63).

(60) Lyon, 25 novembre 1920, D.P. 1921.II.52.

(61) Paris, 17 février 1845, D.P. 45.IV.141.

Orléans, 16 mai 1856, D.P. 56.II.159.

Orléans, 26 novembre 1857, D.P. 61.V.441.

(62) Rouen, 20 mars 1890, D.P. 91.II.112.

(63) Amiens, 13 février 1896, D.P. 97.II.438.

La détermination de la quotité de la provision *ad litem* se fait sur la double base des moyens du débiteur et des besoins du créancier, il ne peut être réclamé de provision *ad litem* à l'époux assisté judiciaire, son admission au bénéfice de l'assistance judiciaire justifie suffisamment de son absence de ressources.

La provision *ad litem* allouée dans la mesure des ressources du débiteur doit couvrir, en principe, l'ensemble des frais nécessités par l'instance jusqu'à l'obtention d'une décision définitive ; elle doit comprendre les dépens taxés, les honoraires de l'avocat, les frais des instances incidentes, accessoires et même ceux d'une demande connexe comme la demande en séparation de biens ; elle est, comme toute mesure provisoire, susceptible d'être modifiée, si les circonstances l'exigent.

Elle est, dans la majorité des cas, allouée sous forme d'une somme d'argent, mais dans les cas où la femme reprend la disposition d'une part de ses revenus propres, le tribunal peut préciser qu'elle reprend cette administration à titre de provision alimentaire et « de provision *ad litem* ».

La Jurisprudence établit une différence entre la pension alimentaire et la provision *ad litem* ; cette dernière est toujours considérée comme un prêt d'argent imputable sur les revenus et au besoin sur le capital des reprises (64) et sa solution se justifie par le fait qu'en la soumettant aux mêmes règles que la

(64) Paris, 9 juin 1890, S. 99.123.

pension alimentaire, on arriverait, soit à doubler la condamnation du mari aux dépens, soit à rembourser à la femme des dépens auxquels elle a été condamnée.

Ajoutons enfin que les mêmes moyens de recouvrement permettent d'obtenir le paiement, qui est garanti par les mêmes sûretés qu'en matière de pension alimentaire.

La Jurisprudence est formelle pour déclarer que la sanction du défaut de paiement ne peut pas être une fin de non procéder (65) ; cette solution est exacte en droit, car seule la loi peut établir une fin de non-recevoir ; en fait, il nous semble qu'elle ne soit pas si heureuse et qu'une modification sur ce point serait souhaitable : refuser l'accès du prétoire à celui qui ne paye pas la provision *ad litem*, permettant à son conjoint d'organiser sa défense, paraît bien être le procédé le plus énergique pour le contraindre à mettre son obligation à exécution ; le gros inconvénient de la solution actuelle est de mettre la femme dans la nécessité de procéder à des voies de recouvrement alors que, précisément, elle est dépourvue de ressources pour suivre la procédure principale, la sanction que nous préconisons n'a aucun caractère abusif.

Elle contribuerait peut-être à empêcher que celui des conjoints qui a la possession des biens fasse traîner l'instance en longueur en refusant à l'autre les subsides indispensables dans l'unique but de lui nuire, il importe d'arriver rapidement soit au prononcé

(65) Limoges 15 décembre 1927, Sem. Jur. 1927, p. 1392.

du divorce ou de la séparation de corps, soit au rejet de la demande pour abréger au minimum une période néfaste pendant laquelle il est si difficile d'assurer l'administration du patrimoine et d'éviter les manœuvres frauduleuses; c'est à l'étude de ces derniers problèmes que nous allons consacrer le chapitre III^e de cette II^e partie.

CHAPITRE III

L'ADMINISTRATION DES BIENS PENDANT L'INSTANCE LES MESURES CONSERVATOIRES

Les développements consacrés jusqu'ici à l'étude des relations pécuniaires nous ont montré que les difficultés de principe surgissent, dès qu'il est question, en vue d'assurer la pension alimentaire, de modifier le régime d'administration des biens, tel qu'il est prévu dans le contrat ou par la loi.

Si, dans certains cas, les mesures que nous venons d'étudier peuvent se trouver suffisantes, notamment quand les époux vivent essentiellement du produit de leur travail, il n'en est plus de même toutes les fois que, sur ces salaires et appointements, les époux auront réalisé quelques économies, dont il va être nécessaire d'assurer la conservation jusqu'à la liquidation : le problème devient encore plus difficile quand les biens, qui seront l'objet de mesures conservatoires, fournissaient par leur exploitation régulière les ressources du ménage parce que, dans ce cas, quand il s'agit notamment d'un fonds de commerce ou d'une exploitation agricole, les mesures

ordonnées ne doivent pas constituer une entrave à la gestion régulière du bien envisagé.

Enfin, la suspicion réciproque qui règne pendant l'instance fait craindre, à juste titre, la fraude dans les actes particulièrement graves comme les aliénations.

Les mesures destinées à organiser pendant l'instance l'administration du patrimoine sont les mesures dites conservatoires.

Nous connaissons déjà les textes qui les prévoient, mais du laconisme relatif de ces textes, il ne faudrait pas conclure que le pouvoir d'appréciation reconnu aux tribunaux est très large pour aménager ces mesures conservatoires, car dès qu'on touche à l'administration, les règles tirées des différents régimes matrimoniaux font sentir leur effet, et en particulier les règles du régime de communauté ; ces règles continueront à recevoir leur application, pendant l'instance, sans que puisse jouer une rétroactivité qui n'est pas opposable aux tiers, et dès qu'il est question d'administration, il y a presque toujours intervention des tiers.

Nous savons déjà que les deux époux, quel que soit leur régime, peuvent solliciter des mesures conservatoires soit du juge conciliateur, soit du tribunal, soit même, en cas d'urgence, du juge des référés ; une autorisation préalable est toujours nécessaire pour qu'intervienne une mesure conservatoire, sauf peut-être l'apposition des scellés ; l'autorisation est donnée à charge « d'en référer », c'est-à-dire de reve-

nir devant le juge qui a ordonné la mesure en cas de contestation ; cette solution était d'autant plus nécessaire que l'autorisation n'est pas toujours accordée après un débat contradictoire.

Nous examinerons en premier lieu les mesures conservatoires dont l'admission ne soulève aucune difficulté de principe ; nous rechercherons ensuite dans quelle mesure on peut concevoir pendant l'instance une restriction aux pouvoirs du mari ; nous consacrerons un dernier paragraphe à la disposition de l'article 243 et à son interprétation.

§ 1. — Certaines mesures constituent des précautions élémentaires à prendre dans presque tous les cas, mais elles ne donnent qu'une garantie médiocre à l'époux qui les a obtenues : c'est en premier lieu l'apposition des scellés, suivie d'un inventaire avec constitution de l'époux en possession, comme gardien judiciaire.

L'apposition des scellés, seule mesure qui puisse à la rigueur être prise sans autorisation préalable, porte sur les biens communs et même sur les biens propres ; sans cela, on ne comprendrait pas pour quelles raisons la loi aurait accordé ce droit à la femme non commune.

L'apposition des scellés, constitue une mesure conservatoire, qui ne peut se prolonger, puisqu'elle a le grave inconvénient de priver les époux de l'usage même de leurs biens ; ils seront levés à la requête de la partie la plus diligente et il faut alors procéder à un inventaire des biens. Cet inventaire est assujetti

aux formes et conditions prescrites par l'article 943 du Code de procédure civile et doit comprendre tout ce qui peut servir d'éléments à la liquidation et au partage, même les papiers et documents strictement confidentiels, mais à la condition qu'ils soient de nature à constater les droits pécuniaires des époux et à présenter un intérêt évident pour l'établissement des forces actives et passives de la communauté : c'est ainsi qu'il a été jugé (1) que devait être inventorié l'agenda d'un médecin sur lequel sont inscrits ses visites journalières et le prix de ses visites.

A la suite de cet inventaire, l'époux en possession est constitué gardien judiciaire, ce n'est d'ailleurs pas là la solution qui s'impose, car la loi laisse aux tribunaux la liberté d'ordonner une autre solution, notamment la constitution d'un tiers comme gardien judiciaire (article 242 du Code civil *in fine*).

La constitution d'un des époux comme gardien judiciaire a pour effet de le priver du droit d'aliéner et de l'obliger à représenter les biens en nature, sous réserve des droits des acquéreurs de bonne foi ; dans les cas où une aliénation rentrerait dans le cadre d'une sage administration, il sera prudent que le gardien judiciaire se munisse d'une autorisation préalable de la justice.

La doctrine ne paraît pas d'accord sur la question de savoir si la constitution du mari comme gar-

(1) Tribunal de Rouen (Référé) 15 mai 1926 S. 1927.11.46.

dien judiciaire a pour effet de le priver des pouvoirs généraux d'aliénation, qu'il tient de la loi (2).

La Jurisprudence a imposé au mari l'obligation de représenter le mobilier en nature, sauf à répondre de sa valeur en cas de non représentation (3), sans qu'il y ait là un choix pour le mari, qui s'expose aux pénalités de l'article 400 du Code pénal, sans pouvoir invoquer l'article 380 du même Code ; les tribunaux, d'ailleurs, appliquent rarement ces sanctions pénales.

En dehors de ces mesures conservatoires, nous voyons accorder à la femme l'autorisation de pratiquer des saisies-arrêts entre les mains de tiers créanciers de son mari, d'elle-même, ou de la communauté (4), une évaluation approximative est faite de la créance de la femme, une créance indéterminée ou même éventuelle pouvant toujours fournir la matière d'une saisie-arrêt pratiquée à titre conservatoire.

Enfin, nous trouvons des mesures justifiées dans chaque espèce par les circonstances de la cause ; un expert comptable peut être nommé et chargé de vérifier la comptabilité et d'établir la situation d'un fonds de commerce géré par le mari (5).

2) En faveur de cette opinion — Demolombe — Laurent — Contra ; Huc — Baudry-Lacantinerie et Carpentier — Rouast (Planiol et Ripert n° 164).

(3) Paris 26 Mars 1885 S. 86.11.5.

Dijon 20 Février 1899 D.P. 99.11.182.

(4) Cass 16 Décembre 1889 S. 90.1.481.

(5) Douai 29 Décembre 1920. Rec. Douai 1921. p. 60.

Mais ces mesures se révéleront souvent insuffisantes, c'est pourquoi on a été amené à examiner la validité en droit de mesures qui dépouillaient le mari de tout ou d'une partie des pouvoirs qui lui sont conférés par la loi.

§ 2. — *Restrictions aux pouvoirs du mari.*

Le séquestre

Le silence de la loi ne constitue pas un obstacle à l'admission de cette mesure, puisqu'elle n'énumère pas les différentes mesures qu'il est possible d'ordonner.

Contre l'admission du séquestre, on a invoqué tout d'abord un argument sans grande valeur, tiré du caractère limitatif de l'énumération contenue dans l'article 1961 du Code civil, outre que ce caractère limitatif est d'autant moins prouvé que d'autres textes prévoient le séquestre dans des cas différents (6), une interprétation habile des termes de ce texte permettrait de justifier l'ordonnance d'un séquestre pendant l'instance (7).

L'obstacle principal qui a arrêté les auteurs et la jurisprudence résulte des principes fondamentaux d'un droit matrimonial qui accorde au mari, en particulier dans les régimes communautaires, des

(6) V. 465 C. inst. crim. 681 c. proc. 602 C. civ.

(7) Voir thèse Lenoir précité P. 76.

pouvoirs non seulement étendus, mais de plus intangibles ; c'est au nom du principe de l'intangibilité des pouvoirs du mari chef de la communauté que les tribunaux refusent à la femme la nomination demandée d'un séquestre ou administrateur judiciaire.

Mais quand on examine les arrêts rendus, particulièrement dans ces dernières années, on ne peut manquer de constater que le souci de protéger les intérêts des époux, et plus particulièrement ceux de la femme, a conduit la jurisprudence à admettre la nomination d'un séquestre dans des cas de plus en plus nombreux, où les circonstances le rendaient particulièrement nécessaire.

Cette tendance nouvelle, car il y a là un mouvement général et non plus quelques décisions isolées, est d'autant plus intéressante, qu'on peut remarquer que ces décisions continuent à proclamer l'intangibilité des pouvoirs du mari, seigneur et maître de la communauté, tout en ajoutant que les faits de la cause justifient pleinement que lui soient retirées les plus importantes de ses prérogatives (8).

Ce mouvement a déjà conduit les tribunaux à reconnaître à la femme l'administration d'un de ses propres, à titre de pension alimentaire, ou à un administrateur chargé de lui verser les sommes

(8) Poitiers 15 Avril 1924 D.H. 1924 p. 403.

Lyon 7 Février 1923 — Mon. Jud. Lyon 3 Septembre 1923.

allouées. La jurisprudence actuelle, désireuse de faire œuvre pratique et d'adapter des textes anciens à des situations économiques nouvelles et imprévues, prend en considération des éléments susceptibles de faire varier ses solutions : situation sociale et de fortune, régime matrimonial, profession des époux, nature du bien à protéger, tels sont les multiples facteurs dont la présence va entraîner la décision des tribunaux : il en résulte qu'un exposé synthétique de la jurisprudence est pratiquement impossible, car il sera toujours facile de trouver deux arrêts en apparence opposés ; seule une étude très détaillée, peut-être même l'examen du dossier, pourrait nous révéler, dans chaque cas, l'élément de fait qui a été la cause véritable de la divergence de solutions.

Il est donc possible de trouver une tendance dans la jurisprudence, mais non un véritable principe : un principe constant existe néanmoins, qui pose une limite que les tribunaux n'ont jamais franchie : le droit pour la femme de prendre avec autorisation de justice des mesures conservatoires ne va pas, quelque étendus que puissent être les pouvoirs des juges dans le choix de ces mesures, jusqu'à *dépouiller complètement* le mari de l'administration des biens de la communauté pour en investir un tiers, qui serait institué gérant et administrateur de la communauté ; le séquestre va donc se justifier toutes les fois qu'il vîsera un ou plusieurs biens, mais non toute la communauté ; le principe qu'il n'y a pas possibilité de nommer un séquestre « reçoit des atteintes chaque « jour plus nombreuses et il n'est pas impossible de

« prévoir le jour où les exceptions annuleront la « règle » (9).

Examinons ces différentes séries d'exceptions :

1° La première touche les biens communs, mais elle est admise au profit du mari ; elle concerne les biens réservés qui, soumis à l'administration de la femme, conservent cependant leur caractère de biens communs, il a été jugé que le magistrat conciliateur pouvait, à titre conservatoire, nommer un séquestre (10) ; mais il y a certainement une autre possibilité au profit du mari en utilisant la faculté qu'il a de retirer à la femme ses pouvoirs en cas d'imprudence, de dissipation ou de mauvaise gestion. Le procédé du séquestre paraît néanmoins préférable, car il est à craindre que le mari ne fasse pas un meilleur usage que sa femme des pouvoirs qu'il lui ferait enlever.

D'ailleurs, les litiges de cette espèce sont assez rares par suite des résultats très limités de la loi de 1907 ;

2° La deuxième exception concerne les propres (11) de la femme et nous savons que la jurisprudence n'hésite pas à priver le mari de pouvoirs que la loi elle-même a limités ;

(9) Planiol et Ripert — *Traité pratique de Droit civil français* — tome II la famille par Rouast p. 508 — 616.

(10) Paris 8 Juin 1923 G.P. 1923.11.360.

(11) Voir pour les biens dotaux Paris 31 juillet 1917 D.P. 1920.11.74.

Cass Req. 10 novembre 1930 G.P. 1930 11.742.

3° La troisième exception est déjà connue, elle concerne l'attribution des propres à titre de pension alimentaire soit directement à la femme, soit à un tiers (12) ;

4° Enfin, et c'est la plus importante de toutes les exceptions, toutes les fois qu'il y a de la part du mari impéritie, malveillance, négligence ou mauvaise foi, incurie et méconnaissance de ses obligations, il peut se voir privé de l'administration de certains biens communs, dont la nature spéciale justifie particulièrement cette mesure (13).

De nombreuses décisions sont relatives au fonds de commerce dont l'importance économique a fatalement fait naître de nombreux litiges : les tribunaux ont pris en considération divers éléments, l'intérêt de la femme et très souvent son aptitude particulière à opérer la gestion ; ces décisions sont très abondantes dans les recueils des dernières années, mais un arrêt déjà ancien (14) avait admis que la femme, demanderesse en séparation de corps, pouvait être autorisée à gérer un hôtel meublé dépendant d'un immeuble de la communauté, si la jouissance de cet hôtel lui fournissait les avantages d'une résidence séparée et les moyens d'y vivre ; d'autres arrêts décident

(12) Paris 29 juillet 1919 D.P. 1920.11.75.

Paris 28 Mars 1901 S. 1902.11.231.

(13) Bordeaux 30 Novembre 1920 Rec. Bordeaux 1920-21.
11.118.

Lyon 7 février 1923 G.P. 1923 II Tables V° Divorce
n° 20-21.

(14) Poitiers 25 Février 1878 — précité.

que le principe que l'administration de la communauté appartient au mari doit recevoir exception toutes les fois qu'il est de l'intérêt des deux parties de la confier, pour la bonne marche des affaires, à la femme qui, de l'appréciation des juge du fond, avait une aptitude particulière à cette gestion (15) et qu'elle y a participé depuis longtemps (16) ; en application directe de ces idées, la femme est maintenue à la tête d'un bureau de placement qu'elle gérait seule depuis 23 ans, alors que le mari n'a obtenu que quelques semaines avant l'instance en divorce l'autorisation de la gestion commune (17).

Il faut remarquer que ce n'est pas sans garanties au profit du mari que cette gestion est remise à la femme, car il n'y a pas de raison pour placer plus de confiance en elle qu'en son mari pendant la période de l'instance ; divers modes de contrôle ont été imaginés ; toute la difficulté consiste à en établir qui soient efficaces, sans gêner la liberté d'action nécessaire à tout commerçant : la gestion peut être confiée à un des époux sous la surveillance d'un administrateur (18), le mari peut exercer lui-même ce contrôle (19) au moyen de la remise en double des

(15) Lyon 6 mars 1920 Mon. Jud. Lyon 21 Juin 1920.

Cass. Req. 2 mars 1920 D.P. 1921.1.71 visant un fonds de parfumerie.

(16) Poitiers 15 Avril 1924 D.H. 1924 p. 403.

(17) Req. 11 Février 1929 D.P. 1930.1.34.

(18) Lyon 30 décembre 1927 G.P. 1929 Tables V° Divorce n° 20.

(19) Lyon 12 Février 1920 G.P. 1920 Tables V° Divorce n° 18.

livres de commerce, il est même autorisé à percevoir les produits après prélèvement des appointements alloués à sa femme qui demeure comme une préposée.

Dans cet ordre d'idée, il faut mentionner un contrôle très sévère de la gestion du mari établi par un arrêt (20) qui obligeait le mari à joindre aux pièces comptables les étiquettes portant les prix de vente ou de mentionner sur chacune le rabais consenti à chaque acheteur ; les révisions de prix à l'entrée des deux grandes saisons de l'année devaient se faire en présence de la femme ou de son représentant ; de pareilles mesures ne peuvent se concevoir que si l'instance ne se poursuit que pendant un temps relativement court.

Les fonds de commerce ne sont pas les seuls biens à conserver et à gérer ; même pour des valeurs mobilières qu'il est pourtant plus facile de protéger grâce aux scellés et à l'inventaire, il a été jugé que la mise sous séquestre des titres personnels du mari pouvait être ordonnée au cours d'une instance (21) lorsque cette mesure conservatoire apparaissait, dans les circonstances de la cause, comme la seule susceptible de sauvegarder les droits de la femme dans la communauté.

Nous voyons donc qu'en règle générale, les tribunaux dépouillent parfois le mari de certains de

(20) Montpellier 18 Février 1926 Gaz. Pal. 1926. II Tables V^e Divorce n^o 15-16-17.

(21) Caen 2 février 1925 — Rec. Caen 1926 p. 193.

ses pouvoirs. De ceux qui lui sont laissés, ne va-t-il pas profiter pour réaliser des opérations frauduleuses ou aliéner des biens? L'article 243 est destiné à parer à ce danger.

§ 3. — *Nullité des aliénations frauduleuses*

A. — La loi du 18 avril 1886 a reproduit sans modification dans l'article 243 du Code civil la règle de l'ancien article 270 : « Toute obligation contractée
« par le mari à la charge de la communauté, toute
« aliénation par lui faite des immeubles qui en
« dépendent postérieurement à la date de l'ordon-
« nance dont il est fait mention à l'article 235, sera
« déclarée nulle s'il est prouvé d'ailleurs qu'elle a
« été faite en fraude des droits de la femme. »

La doctrine et la jurisprudence s'accordent à voir dans cet article une application du principe général de l'article 1167 du Code civil, tout en constatant que l'existence d'un texte spécial à la matière a pour effet de donner à l'action intentée par la femme, dans ce cas, un champ d'application plus étendu, et de dispenser la femme de prouver l'insolvabilité de son mari qui n'est, dans le cas présent, qu'éventuelle.

Ce caractère de l'action prévue par l'article 243 a été à plusieurs reprises mis en lumière : on a écarté du projet de l'an VIII une disposition qui avait paru trop rigoureuse (22) et par laquelle on enlevait

(22) Fenet t. II p. 59 art 38.

purement et simplement au mari, à compter du jour de la demande en divorce, le pouvoir d'aliéner les immeubles communs et d'obliger la communauté par ses dettes. Cette disposition écartée, sur les observations du Tribunal, on a adopté le texte actuel.

Lors de l'élaboration de la loi de 1886, les discussions qui se sont élevées ont permis à nouveau de préciser que l'article 243 était en rapport direct avec l'article 1167, application particulière lui-même de cette idée que toute victime d'une fraude doit être protégée. L'application faite par la jurisprudence de cet article 243 vient dissiper les derniers doutes sur ce sujet, puisqu'elle exige que la femme qui l'invoque apporte la preuve de la collusion frauduleuse du mari et des tiers.

Cette preuve ayant paru trop difficile à apporter, on (33) a élaboré une théorie nouvelle sur les rapports respectifs de ces deux textes. Se basant sur l'étude des travaux préparatoires et en particulier sur l'antériorité de rédaction de 243 par rapport à 1167, l'auteur de cette thèse arrive à cette conclusion que l'article 243 est une disposition qui se suffit à elle-même et qu'elle n'est pas une application de 1167 ; d'où il en tire que les conditions d'annulation ne correspondent pas dans les deux cas ; la femme qui invoque l'article 243 n'est pas tenue de prouver le concert frauduleux entre son mari et son co-contractant. « Une aliénation faite dans une « période aussi suspecte, dit-il, et quand l'urgence

(23) Voir Veron thèse précitée.

« n'en est pas démontrée, ne peut que couvrir une
« fraude et la complicité du tiers acquéreur est cer-
« taine. »

Cette théorie, qui aurait l'avantage de substituer à la preuve de l'intention frauduleuse, la preuve plus objective du caractère illicite de l'acte, ne présente pas, à notre avis, une bien grande utilité ; elle a le très gros inconvénient d'être en contradiction avec une jurisprudence formelle, qui s'est trouvée confirmée à nouveau dans un arrêt de la Chambre civile éclairée par le lumineux rapport de M. le conseiller A. Colin (24) ; de plus, nous verrons que les tribunaux se contentent assez facilement comme preuve de la mauvaise foi des tiers de la connaissance qu'ils ont eu de l'instance (25).

Enfin, la théorie élaborée par M. Veron n'a même pas l'avantage de protéger la femme contre les aliénations qui ont le plus de chances d'être frauduleuses : les aliénations mobilières ; du silence du texte on conclut que celles-ci sont régies par le droit commun ; la jurisprudence, au contraire, qui voit dans l'article 243 l'application particulière d'un principe absolument général, annule les aliénations mobilières frauduleuses, et en particulier, les ventes

(24) Cass. Civ. 23 Janvier 1928 D.P. 1928.1.86 Rapport de M. le Conseiller A. Colin.

(25) Tribunal civil de Marseille 15 Mars 1928 G.P. 1928.11.162.

Tribunal civil Seine 29 Janvier 1927 G.P. 1927.1.329.
Paris 19 Juillet 1928 G.P. 11.36.

de fonds de commerce (26), ainsi que les obligations (27).

Précisons les conditions d'application de cette nullité : nous avons vu que les tribunaux avaient une tendance à alléger le fardeau de la preuve, en admettant des faits faciles à prouver ; en dehors de la connaissance que les tiers ont pu avoir de la demande, on tient compte de la rapidité anormale avec laquelle elle a été conclue ; a été déclarée nulle aux termes de l'article 243, une vente qui avait été réalisée par acte notarié trois jours seulement avant le jugement prononçant le divorce aux torts du mari et alors que l'acquéreur, dans l'espèce une commune, avait usé d'une diligence particulière en vue d'abréger les formalités préliminaires à la réalisation de la vente et avait été prévenu par le notaire que le vendeur était en instance de divorce et que le bien vendu était un bien de communauté (28).

La vileté du prix d'acquisition est un élément important dans la preuve de la fraude. « Considérant en fait qu'il résulte des documents soumis à la Cour que l'acte sous seing privé passé entre les appelants le 17 janvier 1919, c'est-à-dire à une date postérieure à l'introduction de la demande en divorce par la dame P... a été fait en fraude des

(26) Aix 10 Mai 1908 S. 1908.11.61 Paris 25 Nov. 1920 D.P. 1921.11.70.

(27) Constitution du bail. Douai 25 Juillet 1901 D.P. 1902.11.248.

(28) Trib. civ. Seine 29 Janvier 1927.1.329. Paris 19 Juillet 1928 G.P. 1928.11.36.

« droits de l'intimée, qu'à supposer que cet acte ne
« contient aucune dissimulation de prix, les époux
« M... n'ont pu sérieusement croire que la cession
« d'un bail de magasin, d'une durée de plus de
« 10 ans, jointe à celle d'un matériel et d'un mobi-
« lier si peu importants qu'ils fussent, pouvait de
« bonne foi et sans préjudice pour la femme de leur
« vendeur, leur être consentie pour la somme de
« 500 francs » (29).

Dans les cas où la mauvaise foi des tiers ne peut être prouvée, le mari peut être condamné à des dommages-intérêts au profit de sa femme (30).

La jurisprudence, considérant avec raison que, du fait de sa place, l'article 243 autorise la femme à solliciter une véritable mesure conservatoire, en a déduit que l'annulation peut être demandée pendant l'instance, avant la dissolution de la communauté (31), ce qui facilite une preuve que le recul du temps rendrait plus difficile ; mais elle ne peut réclamer des dommages-intérêts pour le préjudice causé et il y a lieu de lui réserver la faculté de faire valoir contre son mari, le cas échéant, ses droits à une indemnité, lors de la liquidation de la communauté (32).

Enfin, la Cour de Cassation n'a pas hésité à couronner ce système de protection, par un arrêt tout à

(29) Paris 25 Novembre 1920 précité.

(30) Trib. commerce de Marseilles 26 Mars 1924 Rec. Marseille 1925.1.379.

(31) Paris 30 Octobre 1924 G.P. 1924.11.672.

(32) Paris 25 Novembre 1920 précité.

fait remarquable, du 23 janvier 1928 (33), où elle a déclaré susceptible d'annulation un acte de fraude nettement caractérisé, mais qui était antérieur à l'ordonnance visée à l'article 235. Le jour où sa femme quittait le domicile conjugal, le sieur S... vendait l'immeuble et le fonds en dépendant pour 18.000 fr., la demande n'étant introduite que le lendemain et à une date ultérieure, le mari s'était fait consentir un acte de rétrocession pour 18.000 francs ; il prétendait ne faire entrer ni l'immeuble ni le fonds dans le partage de la communauté dans laquelle il consentait cependant à verser les 18.000 francs.

La Cour de Cassation a décidé qu'il devait être fait exception au texte de 243 et, par conséquent, application du texte général de 1167, lorsqu'il apparaît au juge que l'acte argué de fraude avait été consommé en vue du divorce à intervenir pour porter atteinte à des droits, dont l'ouverture était déjà prévue au profit de la femme (34).

Cette application de l'article 243 telle qu'elle est faite par la jurisprudence est peut-être très efficace, mais postérieure à l'acte, elle est toujours inférieure à la sanction préventive qui empêcherait de commettre la fraude : nous savons que malheureusement les principes généraux du Code ne permettent pas aux Tribunaux d'utiliser la mesure la plus énergique dans ce sens, le séquestre ; à côté de celle-là, y en a-t-il d'autres susceptibles de paralyser les intentions d'un

(33) précité.

(34) Sur l'annulation des actes antérieurs à l'instance v. Montpellier 16 Novembre 1899 D.P. 1900.11.171.

mari qui va commettre un acte frauduleux ou même simplement lésionnaire ?

B. — Nous devons placer ici une décision très curieuse (31) rendue par la Cour de Colmar, qui a déclaré que, puisque les tribunaux se reconnaissent le droit de restreindre pendant l'instance les pouvoirs du mari, il pouvait être fait défense à celui-ci d'aliéner ou d'hypothéquer un immeuble commun, et si cet immeuble est situé en Alsace-Lorraine, la femme peut obtenir que cette défense fasse l'objet d'une prénotation au livre foncier ; la prénotation diffère de l'inscription en ce qu'au lieu de porter à la connaissance des tiers un droit immobilier né et actuel, c'est une mention qui a pour but d'assurer son rang à un droit éventuel ou conditionnel, et par conséquent, de rendre dès maintenant ce droit opposable aux tiers. Elle peut être prise non seulement pour un droit proprement dit (décret du 18 novembre 1924), mais aussi pour une restriction judiciaire au droit de disposition du propriétaire (loi du 1^{er} juin 1924, art. 38 et 39). L'effet de la prénotation n'est pas de conférer un droit réel actuel, sur l'immeuble à celui au nom de qui elle est faite, mais d'empêcher que le droit futur qu'elle garantit soit anéanti, par conséquent d'entraîner une restriction au droit de disposition du propriétaire actuel.

La prénotation a donc pour effet de constituer les

(35) Colmar (Ch. détachée à Metz) 21 Janvier 1930 D.P. 1930.11.182. Note de M. Nast.

tiers de mauvaise foi et de dispenser la femme de la preuve de leur complicité, cette disposition est intéressante parce qu'elle étend la portée de cet article 243 et que, pratiquement, elle empêche de façon préventive toute aliénation frauduleuse, car les tiers prévenus exigeront le concours de la femme à l'acte.

Cette décision qui peut rentrer dans le cadre de la jurisprudence qui admet les restrictions aux pouvoirs du mari sur les biens de communauté envisagés « *ut singuli* », va néanmoins au-delà; elle nous montre les heureux effets d'une publicité rendue possible ici par le régime foncier spécial de l'Alsace-Lorraine; de plus l'examen de ces motifs nous révèle que la mesure ordonnée l'est à la garantie de droits purement éventuels.

La Cour de Colmar n'avait pas hésité à garantir par le procédé de la prénotation des droits purement éventuels; d'autres décisions ont refusé à la femme l'usage d'une procédure utilisée à la garantie de ses droits, en raison même de leur caractère d'éventualité.

Une loi de 17 mars 1909 a établi une réglementation spéciale à la vente et au nantissement des fonds de commerce et institué divers procédés destinés à paralyser les fraudes commises par le propriétaire du fonds au détriment de ses créanciers, notamment par la dissimulation du prix.

On a songé à faire jouer ces procédures en vue de la garantie des droits éventuels de la femme commune, mais cette tentative a échoué devant l'intransigeance de la Cour de Cassation, qui a peut-être

appliqué avec trop de rigueur les principes généraux du droit matrimonial et pris trop à la lettre les termes de la loi de 1909; il est d'autant plus regrettable qu'elle ne soit pas entrée à cette occasion dans la voie d'une interprétation large que le procédé constituait une mesure préventive vraiment plus efficace qu'une annulation intervenant après la consommation de la fraude.

Une dame B... avait, pendant la guerre, géré un hôtel dépendant de la communauté; elle avait obtenu les meilleurs résultats et le fonds avait acquis une valeur considérable. En 1919 le mari engage une instance en divorce, mais la femme obtient l'administration provisoire du fonds; le mari vend alors le fonds sans le concours de sa femme. Celle-ci fait alors opposition sur le prix de vente du fonds et signifie une déclaration de surenchère du sixième en demandant que le fonds soit mis aux enchères, en conformité des dispositions de l'art. 5 de la loi du 17 mars 1909. Le tribunal de commerce d'Amiens admet la femme au bénéfice de la surenchère par un jugement du 30 décembre 1919; sur appel, la Cour d'Amiens par un arrêt du 3 février 1920 infirme le jugement, et la chambre des requêtes a sanctionné sa thèse en rejetant le pourvoi de la dame B... par un arrêt du 16 novembre 1921, rendu au rapport de Monsieur le Conseiller Tissier (36). La Cour de Cassation a refusé d'envisager la surenchère comme une simple

(36) Req. 16 Novembre 1921 D.P. 1923.1.166 G.P. 1921. 11.588.

S. 1923.1.217 note G. Bourcart.

mesure conservatoire, autorisée par l'article 242 C. civ. mais ce premier considérant qui paraît fondé entraînait-il automatiquement le refus à la femme d'user du droit de surenchère ? Si nous examinons les motifs de l'arrêt et les arguments du rapport nous constatons que tout le système de la Cour de Cassation repose sur la nature qu'elle a attribuée aux droits de la femme dans la communauté ; la femme n'est pas créancière de la communauté, mais co-propriétaire, et c'est au nom de ce droit de co-propriété qu'on lui refuse le droit à la surenchère « Attendu que pour établir l'insuffisance du prix de vente du fonds, on ne saurait donc tenir compte des droits que la femme commune pourra éventuellement en cas d'acceptation de la Communauté, faire valoir sur l'actif commun... » ;

Alors que certains motifs déclarant qu'il n'en reste pas moins vrai que le montant des sommes dues aux créanciers inscrits ou opposants, qui devaient être payés sur le prix de la vente du fonds était inférieur à ce prix, et que certaines parties du rapport, insistant sur ce fait que dans l'espèce M. B... n'était pas insolvable, pouvaient nous faire penser qu'il n'y avait là qu'un arrêt d'espèce, la position très nette adoptée par le rapporteur et par la Cour sur la nature du droit de la femme dans la communauté, nous enlève toute illusion. Au surplus, l'arrêt a fait jurisprudence et la Cour de Paris (37) a refusé le droit de surenchère à une femme

(37) Paris 15 juillet 1922 D.P. 1923.11.185 note H. Lalou G.P. 1922.11.270.

qui se présentait à la fois comme créancière de la communauté et comme créancière certaine de sa pension alimentaire.

D'ailleurs on n'a pas manqué de faire valoir que la créance de la femme n'était ni actuelle ni liquide, mais il est possible de procéder à une évaluation approximative comme en matière de saisie-arrêt ; une difficulté supplémentaire naissait du fait que l'étendue de la créance dépend dans une certaine mesure du prix de vente du fonds de commerce à obtenir par suite de la surenchère, il en résulte comme le dit l'annotateur au Sirey que « le résultat même de la surenchère est un des éléments de la prétention à surenchérir ». Certains auteurs (38) s'attachant à interpréter strictement les termes de la loi de 1909 ont approuvé cette décision sans remettre en discussion la nature du droit de la femme ; ils ont montré que la surenchère aurait pour effet, dans l'hypothèse où la femme serait déclarée adjudicataire, de faire retomber le bien en communauté à la disposition du mari ; on a craint également d'apporter des entraves à une procédure commerciale, que le législateur a souhaitée relativement simple et rapide.

D'autres auteurs ont désapprouvé une jurisprudence qui, au nom d'un droit purement platonique de copropriété, refuse à la femme une mesure préventive qui lui aurait permis d'éviter une aliénation pour un prix inférieur à la valeur réelle.

(38) H. Lalou note sous Paris 15 Juillet 1922 D.P. 1923.11.185.

« Ce fonds n'est pas son gage, elle en a la co-propriété », mais au nom de cette co-propriété bien spéciale, on refusera toute garantie, toute intervention, ce qui amène immédiatement l'objection très forte de M. Bourcart. « Est-il acceptable que les « droits de propriété, droits réels qui paraissent dans « la hiérarchie des droits supérieurs aux droits de « créance soient moins bien traités qu'eux, lorsqu'ils « sont menacés de la même façon et que d'ailleurs « ils ne jouissent pas d'une protection diffé-
« rente. »

La Communauté est une notion juridique assez souple, pour permettre au juge de faire prédominer la qualité de créancière sur celle de copropriétaire.

La Cour de Cassation n'a pas cru devoir le faire; peut-être a-t-elle craint de détourner la loi de 1909 du but que lui avait assigné le législateur, « Sans « doute, dit M. Bourcart, ce n'est pas pour protéger « les droits des femmes, mais bien pour protéger les « droits des créanciers que le législateur a imaginé « la surenchère du sixième de l'art 5. de la loi du « 17 mars 1909, seulement si la femme participe, « si peu que ce soit, à la qualité de créancière, il « serait vraiment fâcheux que sa qualité de copro-
« priétaire vienne en s'interposant, masquer et an-
« nihiler l'autre prérogative et lui enlever une pro-
« tection sérieuse.

Il semble que M. le Conseiller Tissier ait lui-même senti la rigueur de la décision qu'il allait demander à la Cour de prononcer, puisqu'il a voulu rejeter sur l'insuffisance législative, toute la respon-

sabilité de la solution adoptée : « On aurait peut-être bien fait d'admettre que, pendant cette période de l'instance en divorce ou en séparation de corps, le mari serait privé du pouvoir d'aliéner les biens communs ».

Nous avons insisté aussi longuement sur cette décision, parce qu'elle nous montre l'influence des principes généraux de la communauté sur les solutions jurisprudentielles.

Nous terminerons cette étude par une 3^e partie où nous essaierons de porter d'un point de vue général, un jugement de valeur sur la jurisprudence; nous considérerons les résultats obtenus et ceux qui restent à obtenir, sans croire cependant que les solutions indiquées supprimeront toute difficulté sur un point qui restera, notre étude l'a déjà montré, toujours très délicat à régler.

TROISIEME PARTIE

EXAMEN CRITIQUE

I. — Arrivé au terme de cette étude, nous sommes amenés à porter un jugement de valeur sur les modalités au moyen desquelles la Jurisprudence a réglé les relations patrimoniales des époux pendant l'instance en divorce ou en séparation de corps.

Le divorce, pensons-nous, est un mal nécessaire et, sans revenir sur les discussions religieuses, philosophiques et sociologiques qu'il a fait naître, il nous sera permis cependant, puisque nous avons abordé un des multiples aspects du problème, de donner notre avis sur l'existence même de l'institution : si l'indissolubilité du mariage est un idéal à poursuivre, il n'en demeure pas moins des cas où sa dissolution est préférable à la continuation d'une vie commune, pénible pour les époux et les enfants ; quelque fâcheuses que puissent être pour ces derniers les conséquences morales et matérielles d'un divorce, l'existence auprès de parents gravement désunis n'est pas non plus très édifiante ; à ce point de vue, la séparation de corps pourrait paraître suf-

fisante ; cependant, nous préférons que la loi ait prévu l'éventualité d'une rupture définitive, car cette solution atténuée de la séparation de corps, si elle a l'avantage de ménager la possibilité d'une réconciliation, permet aussi l'établissement de situations extra-légales de valeur morale douteuse.

Le divorce et la séparation de corps doivent donc, à notre avis, être inscrits dans la loi, mais on doit par une réglementation appropriée, s'efforcer d'en enrayer l'abus : la jurisprudence extensive de la notion d'injure grave nous paraît, pour cette raison, critiquable. D'ailleurs on (1) a pu noter dans la jurisprudence, un mouvement de réaction, notamment dans une appréciation restrictive de la notion d'injure, pour barrer la route à des divorces par consentement mutuel plus ou moins déguisés.

Mais on a prétendu également qu'une procédure simple et rapide était une cause de multiplication des divorces ; nous ne le pensons pas. Le législateur doit essayer d'arrêter une multiplication des divorces, signe évident d'une crise d'immoralité, dont les causes profondes échappent d'ailleurs en partie à son action ; mais la complication de la procédure ne nous paraît pas l'obstacle susceptible d'arrêter les époux ; dans les cas où la prononciation du divorce s'impose, cette décision doit être prise au

(1) Bonnecase. Supplément au traité de Baudry-Lacantinerie tome 4 page 788 n° 441.

Voir Caen 10 Mai 1926. S. 1926.11.62.

Paris 27 Novembre 1914 S. 1918-1919.11.106.

bout du minimum de temps compatible avec une bonne justice; c'est en effet à la faveur des instances trop longues que seront commis ces actes frauduleux, qui sont si difficiles à éviter.

II. — Dans quelle mesure la procédure actuelle du divorce répond-elle à ce besoin ? S'il y a mauvaise volonté certaine de la part d'un des plaideurs, une sanction est possible ; signalons à ce sujet un arrêt (2) qui a accordé des dommages-intérêts en plus de la pension alimentaire, pour réparer le préjudice causé par un mari qui, sachant que son existence irrégulière rendait toute conciliation impossible, avait malicieusement retardé la solution de l'instance; il faut bien se rendre compte que les instances en divorce sont encore beaucoup trop longues, malgré quelques améliorations de détail, apportées dans le sens de la rapidité et de la simplicité : c'est là un défaut qui est malheureusement général à toute notre organisation judiciaire, bien que la première condition pour avoir une bonne justice soit d'avoir une justice rapide ; c'est là un problème trop vaste pour que nous fassions autre chose que de le signaler.

Abordons maintenant, après ces quelques réflexions d'ordre général, les problèmes de technique juridique soulevés au cours de cette période de l'instance. En premier lieu, nous estimons que doit être approuvé le mouvement de jurisprudence en faveur

(2) Cass. Req. 27 Juillet 1931 Chronique hebdomadaire du Recueil Sirey 15 Novembre 1931.

du juge des référés, mouvement qui a été suivi par le législateur parce qu'en fait le précédent conciliateur, dont les pouvoirs ont été augmentés en 1886, n'est qu'une autre qualification du juge des référés. Il est certain qu'un juge unique, facilement accessible et d'une grande autorité morale, est tout à fait qualifié pour résoudre les multiples difficultés accessoires nées de l'existence de la demande principale ; il pourra, plus facilement que le Tribunal, réussir, sinon à réconcilier les époux, du moins à sauvegarder par des modalités, variables suivant les cas, les intérêts patrimoniaux des époux et des enfants, en faveur desquels il faut s'efforcer de ne pas ajouter un préjudice matériel au préjudice moral déjà subi.

Si nous considérons maintenant les solutions jurisprudentielles, nous croyons qu'il n'est pas exagéré de dire qu'en présence de principes vieillis et de textes insuffisants, les tribunaux ont mis sur pied une œuvre immense ; le législateur s'était contenté en effet d'indiquer les solutions possibles, leur laissant le soin de préciser les détails : c'est peut-être un procédé de législation admissible dans certaines parties du droit, comme le droit de la famille où les situations diffèrent tellement d'une espèce à l'autre qu'il vaut mieux ne pas essayer de prévoir toutes les difficultés qui se présenteront, mais c'est un procédé qui a l'inconvénient certain de plonger les interprètes et les juges dans le plus grand embarras. C'est en s'appuyant sur des textes schématiques que les tribunaux ont réglé les litiges qui leur ont été soumis, s'efforçant, nous l'avons vu en examinant le rapport de la

pension alimentaire, de concilier l'équité et les principes généraux de notre droit et de faire œuvre moderne en apportant à des biens de grande importance économique une garantie que la loi avait négligé de leur assurer. Elle a restreint le pouvoirs si redoutables du mari, tout en continuant à proclamer leur intangibilité, mais elle n'a pas osé l'en dépouiller totalement.

Nous formulerons cependant une réserve ; ce reproche, que nous adressons à la jurisprudence, lui est d'ailleurs moins imputable à elle-même qu'à l'esprit des textes qu'elle applique ; on peut constater en effet que les tribunaux consentent assez facilement à prendre des mesures réparatrices comme l'annulation des actes frauduleux ; ils ordonnent également des mesures protectrices comme un séquestre sur un bien particulier si on parvient à prouver l'impéritie, la malveillance ou l'incurie du mari ; mais pour faire cette preuve, on portera à la connaissance du tribunal des fraudes ou des négligences déjà commises : il en résulte que les mesures ordonnées le sont toujours quand le mal est fait, et si un arrêt de Colmar (3) est venu contredire nos affirmations, il ne constitue qu'une exception et nous avons retrouvé une manifestation de cette tendance dans la jurisprudence relative à la surenchère en cas de vente d'un fonds de commerce.

III. — L'insuffisance des prescriptions légales

(3) Colmar 21 Janvier 1930 D.P. 1930, II. 182.

nous est apparue comme l'obstacle qui arrêta l'élan de la jurisprudence ; c'est pourquoi il nous a semblé que, dans le cadre des principes actuellement admis, certaines modifications spéciales à notre matière pourraient améliorer sensiblement les résultats actuellement obtenus.

Trois solutions s'offrent à l'esprit pour assurer l'administration des biens pendant l'instance : conserver cette administration au mari avec certaines garanties, la confier à la femme, enfin substituer un tiers au mari.

Cette dernière solution, qui peut paraître au premier abord assez séduisante, présente dans la pratique des inconvénients certains ; on conçoit d'abord mal des époux privés tous deux de leurs biens, et réduits à des versements alimentaires remis périodiquement par un administrateur judiciaire ; d'autre part, la gestion des biens par un tiers ne donne pas souvent d'excellents résultats au point de vue économique, et si, par ce procédé, on supprime les fraudes, on risque aussi de diminuer la valeur des biens qui, comme les exploitations commerciales ou industrielles, réclament une gestion active, nous dirions même intéressée.

Cette modalité peut donc être envisagée seulement pour des bijoux ou des valeurs ; même pour les valeurs mobilières dont elle évite la disparition, cette intervention d'un tiers présente des inconvénients, car la gestion d'un portefeuille nécessite, outre la perception de revenus, des initiatives de ventes et d'achats qu'il sera difficile de confier à un ad-

ministreur et dont lui-même peut-être déclinera la responsabilité.

Nous ne pensons pas qu'il soit préférable de remettre à la femme l'administration de la totalité du patrimoine, car il n'y a aucune raison pour avoir plus de confiance en elle que dans le mari ; si les fraudes sont presque toujours l'œuvre du mari, c'est parce qu'il a seul les pouvoirs permettant de les réaliser ; en possession de ces mêmes pouvoirs, nous croyons la femme parfaitement apte à dépouiller son mari ; nous ne confierons donc pas à la femme l'administration de l'ensemble du patrimoine, mais nous lui maintiendrons l'administration de ses biens réservés et de ceux de ses biens propres affectés au service de la pension alimentaire ; de plus, nous croyons qu'il serait bon de faire au début de l'instance une répartition des biens communs, de façon à laisser la femme à la tête de ceux qu'elle est le plus apte à gérer.

Enfin le mari conservera l'administration du reste des biens, non plus à titre de propriétaire, dispensé de rendre compte, mais en qualité de gérant responsable à l'égard de sa femme et au besoin de l'autorité judiciaire.

L'interdiction absolue d'aliéner pendant l'instance pourrait se concevoir (4), mais pour vouloir supprimer toute fraude, on risquerait d'entraver l'activité économique des époux honnêtes.

(4) Voyez Rapport Tissier sous Cass. Req. 16 Nov. 1921 S. 1923.1.217.

Pour éviter les opérations frauduleuses, il est nécessaire d'instituer des mesures de publicité destinées à faire connaître aux tiers l'instance engagée ; on a souvent objecté et on ne manquera pas de le faire, que c'est dresser un obstacle définitif à la réconciliation et que la procédure du divorce doit rester secrète ; et cependant nous avons trouvé des arrêts annulant des aliénations, parce qu'il était prouvé que les tiers avaient eu connaissance de l'instance et qui nous révèlent que les tiers sont très souvent renseignés ; d'ailleurs, peut-il en être autrement dans une instance qui débute par une décision autorisant les époux à résider séparément ? Toute la difficulté consiste à mettre au point des mesures de publicité vraiment susceptibles de toucher les tiers ; il ne faut pas songer aux mesures ordonnées dans nos Codes, qui paraissent supposer que les commerçants viennent flâner dans les auditoires des tribunaux ; c'est une publicité organisée qu'il faut envisager et l'institution du registre matrimonial telle qu'elle fonctionne en Allemagne pourrait nous fournir des idées intéressantes. Si le procédé de la prénotation utilisé dans l'arrêt de Colmar (5) a reçu notre approbation, c'est parce qu'il constitue une véritable mesure de publicité, susceptible de mettre les tiers en garde contre les opérations réalisées par le mari.

Ainsi, au moyen de ces mesures de publicité, l'article 243 du Code civil jouera sans qu'il soit besoin de prouver la mauvaise foi des tiers, mais simplement

(5) Colmar 21 Janvier 1930 précité.

le préjudice. Nous pensons même que l'article 243 devient inutile toutes les fois que la demande aboutit au divorce, car il est possible d'étendre aux tiers l'effet rétroactif du jugement de divorce, limité jusqu'ici aux seuls époux par l'alinéa final de l'article 252 Code civil.

L'apposition des scellés, suivie d'un inventaire, permettrait de fixer au début de l'instance la consistance des biens ; le mari, entièrement libre de passer les actes courants, ne pourrait plus entreprendre aucun acte dépassant les limites de l'administration normale, car les tiers prévenus exigeraient le concours de la femme à l'acte ; pour certains actes, une autorisation de justice pourrait être rendue nécessaire pour éviter les pressions et les marchandages immoraux toujours possibles.

L'adoption de ces mesures de publicité permettrait en outre de résoudre la délicate question du mandat tacite, en prévenant les tiers que, pour les fournitures faites à la femme, ils n'auraient de recours que sur sa pension alimentaire ou ses biens personnels.

Il est bien entendu que nous ne donnerons pas à la décision prononçant le divorce un effet rétroactif entre époux dans leurs rapports personnels ; une telle règle serait incompatible avec les solutions admises, en matière de pension alimentaire par exemple.

Nous ne croyons pas que les atteintes que nous nous proposons d'apporter aux pouvoirs du mari « chef de la communauté », en l'obligeant à rendre

compte de sa gestion, soient plus exorbitantes que celles portées pendant l'instance à sa puissance paternelle.

IV. — D'autres réformes pourraient être envisagées ; nous avons vu, au cours de nos développements, qu'un certain mouvement se dessinait en doctrine et même en législation contre le principe de l'immutabilité des conventions matrimoniales ; bien qu'il ne soit pas dans notre dessein d'aborder ici ce problème, nous devons signaler qu'il convient, à notre avis, de ne porter atteinte à ce principe qu'avec une extrême réserve, et nous nous associons à la remarque de M. Nast (6) qui déclare que si les époux pouvaient tous les ans ou tous les mois modifier leurs conventions matrimoniales, il n'y a pas de régime de publicité, si bien organisé soit-il, qui puisse éviter les fraudes et surtout les complications auxquelles donnerait lieu la liquidation finale des conventions successives.

Il est certain que l'admission du principe nouveau de la mutabilité des conventions matrimoniales permettrait aux époux de modifier leurs conventions matrimoniales au début de l'instance et d'adopter un régime convenant aux nécessités de cette période ; mais nous ne pensons pas que le début d'une instance en divorce soit une période particulièrement favorable à une modification amiable du régime ma-

(6) Planiol et Ripert. Traité pratique Tome 8 Les régimes matrimoniaux par Nast n° 61.

matrimonial ; nous avons des raisons de craindre que ces changements ne donnent lieu, comme les liquidations amiables actuellement interdites, à des marchandages et à des fraudes. En tout cas cette réforme ne pourrait se concevoir sans un remaniement profond de notre droit matrimonial, car, de l'aveu même des partisans de la suppression du principe de l'immutabilité (7), « ni la législation suisse, ni la législation allemande n'admettent de régime comportant l'inaliénabilité des biens de la femme ou l'aliénabilité sous conditions de emploi ».

Il est certain que le jour est proche, où notre droit matrimonial va se trouver remplacé par une construction juridique plus moderne et plus adaptée aux réalités sociales et économiques ; on ne peut continuer à rajouter çà et là quelques ailes au vieil édifice : il faut démolir pour reconstruire sur un plan nouveau.

Cette réforme, qui affectera certainement les règles de tous les régimes, aura pour effet principal de substituer à notre traditionnelle communauté un régime matrimonial de droit commun adapté aux besoins de la majorité des époux et aux nécessités pratiques de notre état économique et social. L'établissement du nouveau régime matrimonial de droit commun nous paraît un des problèmes les plus délicats à mener à bonne fin ; nous savons que les uns, partisans d'un minimum de bouleversements, pen-

(7) Voir Colin et Capitant, Cours élémentaire de Droit Civil Français 4^e édition, Page 31.

sent qu'il suffirait de substituer à notre communauté légale la communauté réduite aux acquêts ; d'autres, au contraire, préconisent une séparation des biens dont le principe nous paraît discutable ; on sait aussi que des opinions très autorisées penchent vers un régime s'inspirant des régimes dits « d'union des biens » fonctionnant en Allemagne et en Suisse. Nous n'avons pas l'intention d'aborder ici une aussi importante question, mais nous devons rappeler en terminant certaines idées qui paraissent se dégager de l'étude des relations patrimoniales des époux pendant l'instance en divorce ou en séparation de corps. Nous n'allons pas jusqu'à dire que le régime nouveau devra surtout essayer d'accorder des garanties protectrices aux époux en instance de divorce ; mais nous avons pu nous rendre compte que certaines des solutions actuelles, particulièrement choquantes, ne sont que l'application stricte des principes qui régissent la matière dans une période où chacun des époux revendique la totalité des prérogatives que lui reconnaît la loi.

Il ne faut jamais perdre de vue que les règles légales sont moins faites pour les honnêtes gens que pour paralyser les agissements des gens malhonnêtes ; nous revenons ici sur une idée que nous avons déjà formulée au cours de cette étude : les gens qui s'entendent se soucient en général assez peu des principes juridiques ; comme on l'a dit (8), « entre époux

(8) R. Cassin. L'inégalité entre l'homme et la femme dans la législation civile.

le droit n'est pas tout », et ceux qui vivent en bonne intelligence n'invoquent pas à tout moment les règles de leur statut matrimonial ; c'est au cours d'une instance en divorce, ou encore d'une liquidation, quand l'un des époux n'a plus en face de lui qu'un conjoint détesté ou des héritiers qui ne parlent qu'au nom de leur intérêt, c'est alors qu'il invoquera la loi.

Pour cette raison, il est nécessaire que ceux qui assumeront la lourde tâche de refondre notre Droit matrimonial considèrent l'existence de ces périodes critiques, en vue desquelles ils doivent établir des règles assez souples ou prévoir des dérogations formelles au droit commun, de façon à enlever toute hésitation aux Tribunaux.

Il est certain que le régime adopté, quel qu'il soit, n'aura pas le privilège de régler, à la satisfaction de tous, les difficultés qui surgiront dans la pratique ; ce n'est pas une considération de nature à décourager les efforts de ceux qui pensent qu'il y a beaucoup à faire et qu'un grand progrès pourrait être réalisé par la substitution de dispositions nouvelles à des règles vieilles et notoirement insuffisantes.

Vu : Le Doyen,
H. BERTHÉLEMY.

Vu : Le Président,
R. CASSIN.

Vu et permis d'imprimer :
Le Recteur de l'Académie de Paris,
S. CHARLÉTY.

BIBLIOGRAPHIE

- AUBRY et RAU. — Cours de Droit Civil Français, 5^e édition.
- AUDINET. — Note de jurisprudence sous Cass. Req. 9 déc. 1925, D.P. 1926.I.149.
- BAUDRY-LACANTINERIE. — Précis de Droit civil, 12^e édition.
- BAUDRY-LACANTINERIE et CHAUVEAU. — Des personnes.
- BONNECASE. — Supplément au traité de Baudry-Lacantinerie, Tome 4.
- BONNET (P.). — Le droit en retard sur les faits, 1930.
- CARPENTIER. — Traité théorique et pratique du divorce, 2 vol., 1885.
- Répertoire général de Droit Français. La loi du 18 avril 1886 et la jurisprudence en matière de divorce.
- CASSIN (R.). — L'inégalité entre l'homme et la femme dans la législation civile (Annales de la Faculté de Droit d'Aix, 1918-1919).
- CHASSARY. — La procédure du divorce. Thèse, Montpellier 1920.
- COLIN (A.) et CAPITANT (H.). — Cours élémentaire de Droit civil français, 4^e édition.
- COLIN. — Rapport Cass. Civ. 23 janvier 1928, D.P., 1928-I-86.
- COLIN (P.) et LEGRAND (L.). — Des produits du travail dans le mariage. Etude pratique sur le libre salaire de la femme mariée.
- COUSIN (L.). — De l'obligation alimentaire entre époux dans le droit français actuel et des droits qui en découlent après la dissolution du mariage. Thèse, Lyon 1905.
- DEMOLOMBE. — Cours du Code Napoléon ; Traité du mariage et de la séparation de corps.
- DEPEIGES. — De la procédure du divorce et de la séparation de corps, 1887.

- FAURE-BIGUET. — Rapport Cass. 29 juin 1892, S. 93.I.243.
- FENET. — Travaux préparatoires du Code civil.
- GAUDEMET. — Revue trimestrielle de Droit civil, 1927, p. 633.
- GODART (E.). — Le divorce et la séparation de corps étudiés au point de vue des intérêts pécuniaires des époux. Exposé méthodique de la jurisprudence, spécialement de la Cour de Cassation de 1804 à 1928.
- HOUDART (G.). — Des effets propres au divorce et à la séparation de corps sur les droits pécuniaires des époux
Thèse, Paris 1902.
- HUG. — Commentaire théorique et pratique du Code civil.
- JOSSERAND. — Cours de Droit civil positif français, 3 vol.
- LALOU (H.). — Droits de la femme mariée sur les produits de son travail. Notes de jurisprudence sous : Trib. de paix de Saint-Nazaire, 26 juillet 1909, D.P. 1910.II.9 ; Paris 1^{er} juillet 1925, D.P. 23.II.85.
- LENOIR. — Les mesures provisoires et conservatoires relatives aux biens des époux dans l'instance en divorce. Thèse, Paris 1921.
- LEREBOURG-PIGEONNIÈRE. — La famille et le Code civil. Livre du Centenaire du Code civil.
- LORANT. — Caractères juridiques de l'obligation alimentaire.
Thèse, Paris 1928.
- DE LOYNES. — Notes de jurisprudence sous Cass. 15 déc. 1909, S. 1912-I-313.
Cass. 29 juin 1892, D.P. 92.I.553.
- MINARD. — Droits et pouvoirs du mari sur les valeurs mobilières de sa femme sous les divers régimes matrimoniaux.
Thèse, Paris 1901.
- MIRAT. — L'obligation alimentaire entre époux en cas de divorce (article 301 Code civil), Thèse, Paris 1930.
- MORIN (G.). — La révolte des faits contre le Code 1920.
- NAST (M.). — Notes de Jurisprudence :
Sous Cass. Req. 9 déc. 1925, D.P. 1926.I.149.
Paris, 10 mars 1926, D.P. 26.II.97.
Colmar, 21 janvier 1930, D.P. 1930.II.182.

PARMENTIER. — Des aliments entre époux en Droit Français et comparé. Thèse, Paris 1901.

PIERARD. — Divorce et séparation de corps, 3 vol.

PLANIOI et RIPERT. — Traité élémentaire de Droit civil, 3 vol.

PLANIOI et RIPERT. — Traité pratique de Droit civil français.

La Famille, par ROUAST, Tome 2.

Les régimes matrimoniaux par NAST, Tomes 8 et 9.

SAINT-GERMES. — De l'influence de la valeur des meubles sur le Code civil français, les lois qui l'ont complété et la jurisprudence. Thèse, Alger 1926.

SAVATIER (R.). — Chronique au Dalloz hebdomadaire, 1929, p. 9.

TISSIER. — Note de jurisprudence sous Req. 27 oct. 1903, S. 1904.I.337.

VERON. — Les actes accomplis sur les biens de la communauté en fraude des droits de la femme. Thèse, Paris 1924.

Recueils de Jurisprudence

DALLOZ. — Jurisprudence Générale et Supplément.

— Répertoire pratique et Supplément.

— Hebdomadaire.

— Périodique.

Recueil Sirey.

Gazette du Palais.

Semaine Juridique.

Répertoire Commaille.

Revue critique.

Revue trimestrielle de Droit civil.

TABLE DES MATIÈRES

INTRODUCTION	7
PREMIÈRE PARTIE. — PRINCIPES ET TEXTES	15
CHAPITRE PREMIER. — <i>Principes généraux du Droit matrimonial français</i>	17
Section I. — Liberté et immutabilité des Conventions matrimoniales	18
Section II. — Idées fondamentales du Droit matrimonial positif français	22
CHAPITRE II. — <i>Les textes législatifs relatifs au divorce et à la séparation de corps</i>	35
Section I. — Traits généraux de la procédure du divorce et de la séparation de corps	36
Section II. — Les mesures provisoires et conservatoires. Généralités	41
Section III. — Les mesures provisoires	43
Section IV. — Les mesures conservatoires	49
CHAPITRE III. — <i>L'instance en séparation de biens</i>	53
DEUXIÈME PARTIE. — L'ÉVOLUTION ÉCONOMIQUE ET SOCIALE DEPUIS LA PROMULGATION DU CODE ET LA JURISPRUDENCE RELATIVE AUX MESURES PROVISOIRES ET CONSERVATOIRES	57
CHAPITRE PREMIER. — <i>L'évolution économique et sociale depuis la promulgation du Code</i>	59
Section I. — Développement de la richesse mobilière	62
Section II. — Extension du rôle de la femme	65
Section III. — Insuffisance du mouvement législatif d'adaptation	70

CHAPITRE II. — <i>La Jurisprudence relative aux mesures provisoires</i>	73
Section I. — Remise à la femme de ses effets personnels	74
Section II. — La pension alimentaire	77
§ 1. Compétence	79
§ 2. Conditions d'attribution	84
§ 3. Formes d'allocation. Modes de recouvrement	90
§ 4. Sûretés	103
§ 5. Sort de la pension à la liquidation	105
§ 6. Sanction pénale. Délit d'abandon de famille (Loi du 7 avril 1924)	110
Section III. — La provision <i>ad litem</i>	113
CHAPITRE III. — <i>L'Administration des biens pendant l'instance. Les mesures conservatoires</i>	119
§ 1. Généralités	121
§ 2. Restrictions aux pouvoirs du mari. Le séquestre	124
§ 3. Nullité des aliénations frauduleuses	131
TROISIEME PARTIE. — EXAMEN CRITIQUE	145
§ 1. Généralités	145
§ 2. Solutions actuelles	147
§ 3. Réformes partielles	149
§ 4. Nécessité d'une réforme d'ensemble	154
BIBLIOGRAPHIE	159

